

Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial

Orígenes, historia, evolución
y perspectivas de los institutos

José Guillermo Castro Ayala • Michael Stöber

PRIVADO

13

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN JUS-PRIVADO:

- Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones
- Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado
- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España

José Guillermo Castro Ayala

Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (LI.M) y Doktor iuris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en la República Federal de Alemania. Investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) de la Universidad Católica de Colombia.

Michael Stöber

Abogado de la Universidad de Bonn y doctor en Derecho (Doktor iuris) de la Phillips Universität Marburg. Profesor titular de la cátedra de Derecho Civil, Derecho Tributario, Comercial y Económico, Procesal Civil en la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemania. Director del Instituto de Derecho Económico y Tributario de la misma institución.

José Guillermo Castro Ayala • Michael Stöber

Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial

Orígenes, historia, evolución
y perspectivas de los institutos



PRIVADO 13



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Castro Ayala, José Guillermo

Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial : orígenes, historia, evolución y perspectivas de los institutos / José Guillermo Castro Ayala y Michael Stöber.— Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2019

232 páginas ; 17 x 24 cm. --- (Colección Jus Privado ; no. 13)

ISBN: 978-958-5456-43-3 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-44-0 (digital)

I.Título II. Serie III. Stöber, Michael

1. CONTRATOS-ESTUDIOS 2. CONTRATOS-HISTORIA 3. NEGOCIOS JURÍDICOS

Dewey 346.02. ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 7 de mayo de 2018

2.º concepto

Evaluación: 20 de junio de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© José Guillermo Castro Ayala

© Michael Stöber

Primera edición, Bogotá, D. C.

Enero de 2019

Dirección editorial

Stella Valbuena García

Coordinación editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gustavo Patiño Díaz

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Castro Ayala, J. G. & Stöber, M. (2019). *Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Castro Ayala, José Guillermo y Michael Stöber, *Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial*, Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2019.

Facultad de Derecho

Calle 47 N.º 13-32

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación

Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual
(GEPPi)

Línea de investigación

Constitucionalización del derecho privado

Proyecto de investigación

Los retos del derecho y los nuevos desarrollos de la economía

Resumen

El negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) y el contrato (*Vertrag*) se han consolidado a lo largo y ancho de la cultura jurídica occidental como los más preciados instrumentos para el ejercicio pleno de lo que dio en llamarse la autonomía privada o *Privatautonomie*. La forma en la que se originaron en Occidente esas figuras, por lo menos, en lo que tiene que ver con su diferenciación misma con Oriente y sus concepciones jurídicas; así como, poco a poco, se consolidó cada uno de esos instrumentos, sus vicisitudes y su relación con el mundo globalizado moderno y contemporáneo, así como la importancia del contrato como contenido de la obligación contractual (el precontrato o *pactum de contrahendo*), la relación de la disminución del precio, con la pretensión resolutoria del contrato que le asiste al comprador, constituyen entre otros, el objeto de este nuevo esfuerzo investigativo. Como es bien conocido, de otro lado, la influencia germana en la dogmática privatista actual es de gran significación. Por ese motivo se ha buscado proponer temas de profundo interés para los estudiantes, profesores y colegas, que permitan ampliar los conocimientos, los contornos reflexivos y sobre todo las perspectivas analíticas de los dos autores, que en una juiciosa amistad académica han buscado hilvanar este trabajo que se pone a la juiciosa y rigurosa consideración de los lectores.

Palabras clave:

Declaración de voluntad, mito fundacional, saber audaz, derecho privado, ilustración, precontrato, figura jurídica europea, contrato de compraventa, pretensión de resolución, derecho de contratos, negocio jurídico, declaración de voluntad.

Abstract

Legal transaction (*Rechtsgeschäft*) and contract (*Vertrag*) have been established in Western legal culture as the most precious instruments for the full exercise of what came to be called private autonomy or *Privatautonomie*. This new investigative effort aimed to study, among others, the way how these terms were coined in the West, at least, in what has to do with their differentiation from the East and their legal conceptions; how, little by little, each of these instruments was established, difficulties related to them, and their relationship with the modern and contemporary globalized world; the importance of contract as the content of contractual obligation (pre-contract or *pactum de contrahendo*), as well as the relation of price decrease with the resolutive condition of the contract that helps the buyer, among others. On the other hand, as is well known, the Germanic influence on current privatist dogmatics is of great importance. For this reason, this study aimed to propose topics of profound interest to students, teachers, and colleagues that would allow expanding the knowledge and reflective contexts, as well as, especially, the analytical perspectives of the two authors, who have sought, through a serious academic friendship, to outline this work and offer it for the thoughtful and rigorous consideration of readers.

Keywords:

Declaration of will, foundational myth, courageous knowledge, private law, illustration, pre-contract, European legal concept, sale contract, resolutive condition, right of contract, legal transaction.

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen especialmente a Sebastián González Rodríguez y a David Andrés Rodríguez Reyes, así como a los estudiantes Juan Sebastián Cortés Espitia y Alisson Angarita, por toda su colaboración en la revisión y la corrección del texto final, por la lectura juiciosa de los textos, por sus siempre valiosas observaciones y por sus fuertes críticas. A todos ellos, muchas gracias.

CONTENIDO

Introducción	13
---------------------------	----

Capítulo 1. Iconografía histórica del contrato: el mito fundacional y el nacimiento de Occidente a través de la declaración de voluntad	21
Introducción.....	22
La historia y la literatura del contrato.....	24
El mito fundacional griego	28
La remisión y el origen del contrato social.....	33
Conclusiones.....	36
Referencias	38

Capítulo 2. <i>Sapere aude</i>: rastros y perspectivas de la legislación civil y de la autonomía privada en la era digital	41
Introducción.....	42
El bienestar humano y la revolución digital 4.0	45
Referencias	54

Capítulo 3. El <i>pactum de contrahendo</i>: posibilidades de una unificación jurídica europea, sobre la base de una comparación de los ordenamientos alemán y francés	57
Introducción.....	58
Definición de precontrato: concepto, naturaleza jurídica y fundamentos.....	62
Parte 1: Alemania.....	62
Parte 2: Francia.....	64
Fundamentos históricos y jurídicos	75
Parte 1: Alemania.....	75
Parte 2: Francia.....	79

Funciones	87
Parte 1: Alemania	87
Parte 2: Francia	94
Frontera actual entre el precontrato y otras instituciones	100
Parte 1: Alemania	100
Parte 2: Francia	130
Resumen	142
Parte 3: Resumen de comparación jurídica del capítulo	143
Referencias	145
 Capítulo 4. La relación de la rebaja del precio con la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios en el régimen de compraventa alemán	155
Introducción	156
Relación del derecho a rebaja del precio con el derecho de resolución del contrato	158
1. Efectos jurídicos de la resolución y de la rebaja del precio	158
2. Rebaja del precio tras la declaración de resolución	159
3. Resolución tras la declaración de la rebaja del precio	160
Relación del derecho a rebaja del precio con los derechos a indemnización de perjuicios	165
1. Consideración necesaria: diferencia en el contenido de los derechos individuales y la indemnización de perjuicios	165
2. Relación con el derecho a la indemnización de perjuicios junto a la prestación	167
3. Relación con el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (el llamado derecho a la gran indemnización de perjuicios)	168
4. Relación del derecho a la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación	169
A modo de conclusión	171
Referencias	172
 Capítulo 5. <i>Contract, agreement & all you can eat</i> : los modelos económicos del contrato, premios Nobel de economía y la teoría contractual	175
Introducción	177
<i>All you can eat</i> : la eficiencia del contrato y la optimización económica de la declaración de voluntad	180
El estímulo económico: un factor psicológico que promueve la economía	182
El mensaje del otorgamiento del Nobel: la estabilidad y la perdurabilidad económicas	184
A. El Deutsche Bank y Volkswagen	185

B. ¿Y los fondos públicos para la educación? Los contratos académicos universitarios.....	188
Los esquemas de administración negocial de don Andrés Bello y el Código Civil: el negocio para otro, el negocio por otro, el depósito y el mandato	190
A. El negocio para otro.....	190
B. El negocio por otro.....	191
C. El depósito y el depósito necesario	192
D. El mandato	192
Las medidas conservativas como estímulo.....	193
A. La buena fe cualificada	193
B. La buena fe exenta de culpa.....	195
Los esquemas de administración negocial de Álvaro Pérez Vives y el Código de Comercio.....	195
A. Las presunciones de lucro, el ánimo de onerosidad, la solidaridad y la celeridad negociales.....	195
B. Estímulos en la agencia mercantil, el corretaje y la finalidad del negocio empresarial.....	196
Conclusiones.....	197
Referencias	198

Capítulo 6. El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos y actualidad	201
De las fuentes de las obligaciones. El derecho de daños: actualidad y perspectivas	202
Estructura general de la responsabilidad civil en Colombia.....	208
1. Hecho.....	209
2. Daño.....	210
3. Nexo de causalidad	213
4. Culpa (factor subjetivo de imputación)	215
Evolución de las clasificaciones de la responsabilidad.....	217
1. Responsabilidad subjetiva	217
2. Responsabilidad objetiva.....	219
Actualidad: la sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia	221
Conclusiones.....	224
Referencias	225

Conclusiones generales.....	229
------------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La línea de Constitucionalización del Derecho Privado, del grupo Constitucionalización del Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi), del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc) de la Universidad Católica de Colombia, se complace en presentar este libro, fruto de su trabajo investigativo comprendido entre noviembre de 2016 y diciembre de 2017.

En esta ocasión, siguiendo los raseros marcados por juristas germanos como Uwe Wesel (*Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*), Karl Larenz (*Metodología de la Ciencia del Derecho*), Franz Wiacker (*Historia del derecho privado en la modernidad con especial observancia del caso alemán*), Hans Hattenhauer (*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*), e, incluso, el mismo Robert Alexy (*Recht, Vernunft, Diskurs*) se planteó una discusión que, a pesar de estar dividida en seis capítulos, que pueden ser leídos de manera independiente como artículos de investigación, tiene una línea transversal y da precisa cuenta sobre la fundamentación cultural de la declaración de voluntad, del contrato y del negocio jurídico. Así, la pregunta básica que el libro intenta responder es: ¿Por qué el contrato, como constructo cultural, funciona, hoy en día, de la versátil manera en que lo hace? Este cuestionamiento es tratado desde diversos puntos de vista a lo largo del libro, pero atraviesa y permea de manera general todos los capítulos del libro.

Así las cosas, en Europa, fenómenos como la constitucionalización del derecho privado o la intervención estatal en materia de consumo o en materia de

competencia desleal, parten de la articulación no solo histórica, sino cultural, de los institutos del derecho común, como en muchos ámbitos teóricos se les llama. Así, esos abordajes presuponen la idea de que es menester dar un soporte metodológico, pero también práctico, a la constitucionalización de los institutos, e, incluso, a las restricciones en contra o los favorecimientos que, para una parte negocial, impone o propicia el Estado.

Esa comprensión de cosas cobra una mayor relevancia, si no se olvida que el derecho civil fue el primer nicho de la creación de institutos de los que actualmente se ha apropiado, entre otros, el derecho constitucional, como el principio de proporcionalidad, o el principio de carga argumental de la parte que pretenda despojar de las presunciones favorables al deudor (*favor debitoris*) o del principio de conservación del patrimonio del deudor, que se desprende de la interpretación sistemática del artículo 2488 del Código Civil (C.C.) y del artículo 1677 del C.C. (ampliado y complementado por el actual Código General del Proceso), de la concepción de la buena fe o del libre desarrollo de la personalidad como un discurso inacabado del ejercicio de la autonomía privada, no solo negocial, sino libertaria, solo por mencionar un par de los más relevantes (Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*).

Así pues, una especie de metadiscurso que dé cuenta juiciosa sobre el surgimiento del contrato, su evolución y su arraigamiento cultural en la escena práctica de la sociedad correspondiente, parece ser una cotidianidad académica en Europa, como bien lo indican los libros recién citados en el primer acápite de este proemio. Sin embargo, es necesario hacer notar que, en el contexto colombiano, los abordajes dogmáticos del contrato, el negocio jurídico y la autonomía privada no alcanzan a evacuar, ni tan siquiera totalmente, las vicisitudes de cada instituto; y menos aún, son estudiados desde puntos de vista teóricos, preconceptuales o metateóricos; todo ello reconduce a una falta de visión panorámica del sistema jurídico negocial y ius-privatista.

Este ejercicio pretende, al hacer un recorrido histórico conceptual en el contexto descrito, propiciar una discusión en el ámbito nacional. El contrato (art. 864 del C. Co., § 323 del BGB), la declaración de voluntad (art. 1502 C.C., art. 845 del C. Co., §145 del BGB), la convención, el negocio jurídico entendido como la declaración de voluntad (dotada de sentido) encaminada a producir efectos jurídicos, el acuerdo de voluntades y el respeto a la palabra empeñada (art. 1603

del C.C. conc. art. 871 del C. de Co.; § 158 y § 242 del BGB) no son fenómenos que surgieron de manera inmaculada, incausada o espontánea y silvestre en el mundo occidental. Esas nociones y conceptos, los mismos institutos, su aplicación y medición, la equidad que de ellos se predica en el sinalagma funcional, obedecieron, por supuesto, a una percepción de cosas, que se puede verificar en el tiempo. Las regulaciones legislativas, que, a su turno, delimitan esas nociones, obedecieron, claramente, a una serie de fenómenos culturales que se iniciaron hace más de veinte siglos y que siguen ocurriendo hoy en día.

Esos fenómenos, desde un punto de vista puramente aprehensivo, se pueden comprender tentativamente en un amplísimo espectro de tiempo, que va desde el mismo acto de perdón y reconocimiento de la autoridad jurisdiccional heterocompositiva, que reemplazó al derecho vindicativo y autocompositivo de la ley mosaica, griega y judeo-cristiana, del *“ojo por ojo, diente por diente, vida por vida e hijo por hijo”*, por la remisión de la culpa; y, hasta la necesidad —inimaginada hace algún par de años— de regulación legal y, por supuesto, convencional, de la responsabilidad por muerte o lesiones de una persona ocasionadas por máquinas autónomas, como ya ocurrió en el Silicon Valley de Tesla (*cuyos vehículos autónomos ya les costaron la vida a tres personas (!)*), o con *Apple*, *Google*, *Microsoft* (y sus *drones*) y con *Facebook* y el escándalo de *Cambridge Analítica* en California, o en la Alemania de *Siemens*, *Volkswagen* y *Audi*.

Al respecto, se plantean, entonces, una serie de cuestiones accesorias, pero conectadas con la pregunta fundamental a la cual intenta responder el presente libro, y que son abordadas de manera más detallada en cada uno de los capítulos. ¿Cuáles son los contextos y los márgenes aplicativos jurisdiccionales del contrato? ¿Por qué la observancia del contrato, en su filigrana, en su minuciosa regulación, varía de época en época, de edad en edad, de tiempo en tiempo, e, incluso, de año en año? ¿Qué tanto las cuatro revoluciones industriales de los dos últimos siglos han mutado la concepción y naturaleza del negocio y el contrato? ¿Qué tan acertados y ubicados han sido los otorgamientos del premio Nobel de 2016, cuando de hablar de la eficiencia contractual se trata? ¿El reemplazo de una tasación indemnizatoria comporta —de verdad— la justicia y la equidad contractuales? ¿Qué desafíos plantean el desarrollo y las nuevas tecnologías para el derecho de contratos y el derecho de daños en un mundo cada vez más globalizado? ¿Es posible la unificación del derecho privado mundial, o, al menos,

europeo? ¿Deben los derechos fundamentales modificar el tratamiento de la responsabilidad médica cuando se ha incurrido en graves errores de diagnóstico en el sistema contractual contributivo?

Todas estas preguntas puntuales y temáticas son abordadas científica y académicamente en el presente texto, que es fruto de las investigaciones de los profesores José Guillermo Castro Ayala y Michael Stöber, profesores de negocio jurídico, obligaciones, contratos y responsabilidad en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Christian-Albrecht Universität zu Kiel, en la República Federal de Alemania, respectivamente, investigaciones que se han articulado bajo una misma línea común, que viene de ser planteada líneas arriba.

Así, la finalidad de estas rigurosas y sopesadas investigaciones es despertar la inquietud y la curiosidad del estudiante, en un área muy poco explorada en Colombia, como lo es la teoría contractual (*Vertragstheorie*) —si cabe el término en castellano—, para contraponerlo a la pura dogmática del negocio jurídico. El objetivo es otorgar herramientas al lector para comprender el contrato, su relación de causalidad y la responsabilidad derivada de él, entre otras, pero no desde la *ratio legis* o la simple *lege lata* a que nos acostumbró la prevenida doctrina nacional, y que se agota en los salones de clase, sino desde la aproximación cultural y dinámica de la noción de justicia; pues, parafraseando la sugerencia de Rudolph Von Ihering al respecto, la razón por la cual el derecho romano se consolidó y trascendió todas las épocas y los tiempos no tiene que ver con una razón legislativa imperialista, sino más bien con una “lógica, una racionalidad y una oportunidad de que destinatario y sujeto de derechos reconozcan una y otra vez, una preclara y sólida noción de justicia en cada uno de sus institutos”.

Una liminar observación debe hacerse desde ya, y es que, como todo el conocimiento humano —en especial, el de las ciencias sociales y aplicadas—, el contrato, la obligación, el negocio jurídico, la responsabilidad (art. 2341 y ss. del C.C. §823 y ss. del BGB), no son concepciones ni institutos terminados y definidos desde siempre y para siempre; antes bien, todos y cada uno de ellos obedecen a un contexto cultural, económico, social y gubernamental, que no solo es intensamente cambiante, sino que, desde siempre, ha buscado, de manera permanente, el equilibrio y la equidad negocial, a través de normas inmodificables negocialmente, como las de orden público, pero también, a través del intervencionismo de Estado, donde la adecuación del entendimiento de la autonomía

privada, es algo que, pareciera, debe estar determinado por las circunstancias económicas y políticas del país y (ahora) de la economía globalizada.

El contrato no es un objeto aislado de conocimiento, sino el máspreciado instituto jurídico de todas y cada una de las sociedades occidentales, desde Grecia hasta hoy, y que, por supuesto, se incrusta de manera vigorosa y radical en la costumbre, los usos sociales, la inteligencia de los pueblos, y por supuesto, también en su permanente, pero rauda, evolución histórica y tecnológica, como bien prestigiosos autores, desde latitudes y épocas tan diversas, nos lo han planteado y evidenciado. Obras completas de varios autores nos permiten analizarlo así: por ejemplo, la de Atilio Anibal Alterini, en la Argentina de mediados del siglo XX; la de Demofilo de Buen Lozano y Jaime Santos Briz, desde el exilio o desde la España libertaria posterior al franquismo; la de Luigi Cariota Ferrara y Emilio Betti, desde la Italia de la Posguerra; la de Álvaro Pérez Vives y Arturo Valencia Zea, en el espectro nacional y desde orillas ideológicas contrapuestas; o la de Hein Kotz, Manfred Wolf o Jörg Neuner, en las más vanguardistas posiciones académicas de la Alemania del siglo XXI, solo por mencionar algunos.

Una tendencia pareciera ser el hilo conductor de los textos que componen este nuevo episodio de la colección de *Jus Privado*, de la Universidad Católica de Colombia, y que apenas si al final de las investigaciones y al comienzo de la redacción final de los estudios, pudo ser identificado: aparentemente las normas supletorias del negocio disminuyen cada vez más, a instancias de las normas de orden público, que parecen crecer progresivamente, no solo en cantidad, sino en complejidad aplicativa, desde diferentes espacios, como son, entre otras: a) las normas constitucionales, b) las normas sobre consumo, c) las normas sobre restricciones a la propiedad agraria y urbana, d) las normas registrales, e) las normas sobre obsolescencia programada de todos los aparatos tecnológicos, f) las cláusulas generales de contratación, g) las limitaciones algorítmicas contenidas en toda la contratación virtual, y h) la complejidad identificatoria de los institutos que, en un eventual código civil europeo, deberían ser tenidas en cuenta.

Como se dijo al comienzo, la pregunta general ha sido descompuesta en seis capítulos, que se describen de manera precisa, así:

1. “Iconografía histórica del contrato: el mito fundacional y el nacimiento de Occidente a través de la declaración de voluntad” es un artículo que busca determinar las más lejanas evidencias de la declaración de voluntad

- jurídicamente vinculante, cómo, desde la religiosa virtud griega, el hombre decide renunciar al sino vindicativo decretado por los dioses, para cambiar el destino y la sociedad (estudio crítico investigativo).
2. “*Sapere Aude*: rastros y perspectivas de la legislación civil y de la autonomía privada en la era digital” es un segundo texto, que busca responder a la pregunta sobre cómo, una vez que el ser humano afianzó su percepción del negocio jurídico, lo virtualizó para cambiar no solo la sociedad estática, sino para catapultar su propia evolución a niveles imaginados, pero cómo, por más que avance la sociedad, el mismo elemento negocial autónomo parece imprescindible (ensayo reflexivo).
 3. “El *Pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea, sobre la base de una comparación de los ordenamientos alemán y francés” es la traducción de la introducción y el primer capítulo (de tres) que componen la tesis doctoral (publicada en la República Federal con honores) del autor principal y que da cuenta sobre la necesidad de regular la promesa de contrato o el precontrato para poder unificar, en un futuro no lejano, las legislaciones francesa y alemana sobre el derecho de bienes y de obligaciones, y posteriormente de los 27 países de la Unión Europea (dogmática del contrato).
 4. “La relación de la rebaja del precio con la resolución del contrato e indemnización de perjuicios en el régimen de la compraventa alemán”, reconstruye los debates acerca de los diferentes derechos que tiene el comprador de una cosa comprada con vicios, desde una perspectiva comparada con el derecho alemán, y a su vez, propende por una novedosa y actual interpretación de normas clásicas del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) sobre la compraventa de bienes, y los correlativos derechos del comprador, lo que ahora parece ser ciertamente más estricto y riguroso frente a la capacidad autónoma y dispositiva de los negociantes (dogmática del contrato).
 5. “*Contract, agreement & all you can eat*: los modelos económicos del contrato, premios Nobel de Economía y la teoría contractual” hace un balance crítico sobre la teoría contractual económica, o teoría económica de los contratos, que busca la eficiencia económica en las relaciones contractuales, y por lo cual fueron premiados con el premio Nobel de

Economía de 2016, dos economistas que han hecho importantes contribuciones a esta teoría (ensayo reflexivo).

6. “El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias evolución, fundamentos y actualidad”, resalta los desafíos del derecho de daños en medio del desarrollo social y el progreso tecnológico humano. Así mismo, se exponen los elementos que configuran la responsabilidad civil, para luego entrar a desarrollar un análisis crítico de la llamada sentencia del *Big Bang*, expedida hace un par de años por la Corte Suprema de Justicia (dogmática sobre responsabilidad contractual).

Los autores esperamos que el texto no solo abra muchas puertas interpretativas y aproximativas, sino que sea un logro académico y literario que, de verdad, brinde ese ausente “*placer de la lectura*”, del que nos habló insistentemente Umberto Eco, y que parece verse disminuido por el afán puramente dogmático, que no se percata de la “importancia pedagógica de los textos universitarios”, de la interacción y permanente discusión entre el estudiantado y los autores de las confecciones académicas, como también la profesora Martha Nussbaum o el recién fallecido Zygmunt Bauman lo sugirieron. Ojalá cada renglón de este sencillito compendio nutra las nuevas opciones investigativas de todos nuestros estudiantes.

ICONOGRAFÍA HISTÓRICA DEL CONTRATO: EL MITO FUNDACIONAL Y EL NACIMIENTO DE OCCIDENTE A TRAVÉS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

José Guillermo Castro Ayala*

Resumen

El estudio del contrato, desde su percepción teórica, filosófica y vernácula, e, incluso, desde su arqueología, tiene lugar en el desarrollo dogmático que usualmente protagoniza los textos académicos (especialmente, los jurídicos) sobre la materia; sin embargo, en la presente disertación, que gira en torno a descubrir el momento en el que se determina en Occidente el valor de la declaración de voluntad y del contrato tal cual hoy lo conocemos, se pretende ir más allá de la

* Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (L.I.M) y Doktor Iuris (Dr. Jrs.) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de Obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

discusión planteada retrocediendo hacia el pasado de una manera más alegórica y menos crítica, tomando como punto de partida los estudios de Yuval Noah Harari, quien se ha convertido, de una manera meteórica, en el científico social vivo más citado en los últimos ocho años, y su libro, en el más vendido a lo largo de los últimos cinco.

Palabras clave: Declaración de voluntad, contrato, historia, literatura, Occidente

Abstract

The study of theoretical, philosophical and even archaeological perception and the vernacular conception of the contract will take the place of the dogmatic development that usually takes place in academic texts, especially the legal ones on the subject. Within the present dissertation, around the moment when was determined the value of declaration of will and the value of contract in the western world as we know it today, the text is intended to go beyond the proposed discussion, going back to the past in a more allegorical and less critical way, taking as a starting point the studies of Yuval Noah Harari, who has become in a meteoric way the most cited living social scientist in recent years, and his book that is the most sold in the last five.

Key words: Declaration of will, Contract, History, Literature, Occident

Introducción

En su obra cumbre, *Sapiens: de animales a dioses*, el historiador más citado de la segunda década del siglo XXI, Yuval Noah Harari, profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, hace una descripción (ciertamente, más científica que otras) sobre las causas que llevaron a que el *Homo sapiens sapiens*, un homínido superior entre muchos otros, medrara y se convirtiera en el amo de La Tierra. Asume el autor que “[La transformación del] *Homo sapiens* de un simio insignificante en el amo del mundo [...] [a]parentemente, no implicó más que unos pocos y pequeños cambios en la estructura interna del cerebro” (Harari, 2014, p. 442).

Harari menciona que fueron una serie de revoluciones las que lograron esa casi imposible empresa: para precisar, “la revolución cognitiva, [que] marcó el inicio de la historia hace unos 70.000 años; [l]a revolución agrícola [...] hace unos 12.000 años; [y] la revolución científica, que se puso en marcha hace solo 500

años” (2014, p. 15). A lo largo de su obra, este autor reitera la importancia de la cooperación lograda entre los miembros de una especie de animales ciertamente débiles para que se hicieran con el dominio pleno de todo lo que nos rodea; así, para él, fenómenos como el comercio, los imperios y las religiones fueron determinantes a la hora de consolidar la supremacía humana en el planeta.

También la invención del dinero, la invención de la política entendida como un supremo ser que debía ser respaldada y obedecida y, por supuesto, la consolidación de unas creencias espirituales compartidas son tres fenómenos decisivos, para él, en el significativo y trascendental salto de la humanidad a especie dominante.

Harari (2014), por supuesto, no ha pasado por alto un elemento que trasciende esos tres fenómenos: la palabra, el lenguaje y la comunicación hablada y escrita, pues, en esporádicos pasajes, el profesor de historia mundial de la Universidad Hebrea de Jerusalén, sostiene que la creación de un discurso coherente, compartido, secuencial y lógico fue lo que permitió que el hombre pasara de vivir en comunidades que en poco o casi nada se diferenciaban de hormigueros o panales de abejas a vivir en sociedades supremamente complejas. El lenguaje dentro de una sociedad no solo es imperante para Harari, pues al respecto, Steiner (2003) indica que “una disminución de la fuerza vital del lenguaje mismo contribuye al desdoro y mengua de los valores morales y políticos” (2003, p. 43) de una comunidad.

Es necesario destacar que, si bien Harari acepta la importancia del discurso, como elemento transversal de la creación de instituciones sociales vinculantes que catapultaron la complejidad social, por cuanto “nuestro lenguaje es asombrosamente flexible” (2014, p. 36), hecho que lo diferencia de los demás, ese es un punto que, en realidad, poco desarrolla en su obra. En ese contexto, la pregunta que dirigirá el discurso en el presente escrito es la siguiente: *¿cuándo se determina en Occidente el valor de la declaración de voluntad y del contrato tal cual hoy los conocemos?*

La historia y la literatura del contrato

Haciendo una remisión a los más relevantes vestigios del conocimiento contenidos en el vasto mundo jurídico para el enriquecimiento de la práctica del derecho, se señalarían textos tales como el *Code civil des Français*, o *Código Napoleónico de 1804*, el *Ius commune* medieval, y, aún más, se harían algunas referencias intuitivas —casi de manera involuntaria— al *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano; estos se han construido a partir de la experiencia del hombre; como lo decía Locke (1992, p. 36), en su obra *Ensayo sobre el entendimiento humano*, la experiencia es el “fundamento de todo nuestro conocimiento”. Se menciona lo anterior aclarando que no pocos autores se han dedicado a ese tema.

En el siglo XX y para circunscribir, de alguna manera, la extensa bibliografía es posible referir una amalgama de autores, desde Harold Berman hasta Aldo Schiavone, pasando por Peter Stein, Pierre Giuseppe Monateri, Reinhard Zimmermann y Otto von Bar, entre muchísimos otros, que, al final, como compartiremos en general, deciden detener la retrospección temporal de sus investigaciones, más o menos, al llegar a la fundación de Roma, sus monarquías y sus costumbres.

Dentro de la presente disertación, se quiere ir más allá de la discusión planteada retrocediendo hacia el pasado de una manera más alegórica y menos crítica; en ese viaje, se pretende admitir que la literatura y la historia parecieran ser, en principio, las dos formas de conocimiento, o, mejor aún, de reconocimiento jurídico social (Bascuñán, 1960, pp. 129-130); esto es, el umbral de los tiempos regulatorios de las sociedades humanas, que las autodelimitaban, en tanto de la mano de la historia y de la literatura se logra conceptualizar lo sucedido dando explicación —al igual que significados— a los acontecimientos importantes para la humanidad (White, 1992). En efecto, la historia y la literatura se constituyen como formas de conocer y ser: una científica, y la otra, artística; empero, las dos permiten, ciertamente, auto-reconocernos como sociedad, pero también, como individuos inmersos en esas comunidades. El ser humano, trascendente por antonomasia, busca las razones de su actuar, permanente e inagotablemente, día a día (Aristóteles, 1954). Parecería que, obnubilado por la rutina, su mundo se cierne banal sobre su propia existencia, pero no es ello de esa manera en realidad. El olvido no es desconocimiento.

Sin embargo, también parecería que todos esos fenómenos, todos los cuales intuitivamente se rememoraron líneas arriba, poco o nada tienen que ver, en realidad, con la trascendencia, con la inmanencia ni con la intangibilidad que los seres humanos occidentales le otorgamos a la palabra. Vale aquí repetir lo que ocurre con Harari, quien, en su descripción, que propende mucho más por la crueldad y el utilitarismo por sobre la ética —por destacar las ventajas de los imperios, de las conquistas, de la religión, de las monedas impuestas, de las guerras y de las opresiones por sobre la concepción del individuo mismo— identifica el discurso como elemento crucial de la consolidación social, ciertamente, pero en nada lo desarrolla, como ya se ha sugerido.

Parece, es cierto, que Harari olvida un elemento trascendental de la humanidad: su espiritualidad, su trascendencia, su complejidad psicológica, su complejidad autodiscursiva y disuasiva, su capacidad de ser mejor cuando así se lo propone, su capacidad de aceptar desafíos, y no solamente agresivos, guerreristas y violentos, sino también espirituales, sobrecogedores, íntimos y retrospectivos. Al efecto, quisiéramos recordar ese punto donde las dos formas de conocimiento que se han mencionado, la literatura y la historia, se entrelazan por primera vez: los mitos fundacionales, que parecen ser la piedra angular de muchas, si no de todas, las sociedades humanas (Lévi-Strauss, 1978). Por razones prácticas, no haremos referencia a *todas* las sociedades; menos aún, a todos los mitos fundacionales occidentales de estas. Pero sí se podrá referir una sociedad y un mito fundacional en específico.

Antes de ello, vale la pena referir —desde el punto de vista puramente histórico, y para efectos de contrastar las diversas lecturas— la más antigua narración que se conoce sobre el contrato: Heródoto, padre mismo de la historia, es citado en infinidad de oportunidades por muchos juristas antiguos y modernos; el último de ellos, tal vez, es el grandioso Emilio Betti (2000, p. 46), quien al referirse al contrato como precedente cierto de la juridicidad, incluso de la sociedad y más aún del lenguaje, menciona que en todas las comunidades, incluso las más bárbaras, “a pesar de la ausencia de un ordenamiento superior, los tratos antecedentes a la celebración del contrato son conducidos con escrupulosa corrección”, y se maravilla al mencionar que una vez alcanzado el acuerdo, ambas partes muestran plena conciencia de su valor vinculante.

En efecto, Betti (2000) menciona en la nota al pie número 4 de su *Teoría General del Negocio Jurídico*, que, como remembranza del clásico estudio jurídico, se permite citar *in extenso*:

Es interesante sobre este punto lo que escribe Heródoto (IV 196) sobre el comercio de oro que los navegantes cartagineses practicaban con poblaciones salvajes de las costas africanas del Atlántico. Concuerda de un modo sorprendente con la narración de Heródoto, la que nos hace un marino veneciano del siglo XV, Alvise de Cà da Mosto, sobre el comercio de sal que la tribu de Tegazza mantenía con otra tribu de negros: «Aquellos de quien es la sal, hacen con ella montículos en fila, señalando cada uno el suyo, y luego vuelve atrás toda la caravana una media jornada; llega entonces, otra tribu de negros que no quieren dejarse ver ni quieren hablar [preferiblemente del punto cardinal contrario], y, vista la sal, ponen una cantidad de oro junto a cada montón de sal y se vuelven, dejando el oro y la sal; una vez que han partido, regresan los negros de la sal»; [que] vienen a comprobar si la cantidad de oro que se ha dejado es, a su juicio, suficiente para comprar la cantidad de sal correspondiente. Y si la encuentran bastante la toman, dejando la sal; si no es así, dejan oro y sal y se retiran de nuevo, en espera de que los otros vuelvan y agreguen la cantidad de oro que aún falta. Después de ello, alcanzado el acuerdo, toman su camino, llevando ahora los unos el oro y los otros la sal. En casos semejantes no existe, evidentemente, un orden jurídico que regule el negocio; pero éste, a pesar de ello, se reconoce por la conciencia de los que lo realizan como plenamente vinculante. (Betti, 2000, p. 46)

En ese sentido, permítase dar por sentado que nuestra cultura occidental es, en su gran mayoría, grecorromana. La simple lectura de lo narrado por Heródoto nos fascina de manera idéntica a como fascinó a todos los ciudadanos griegos. A lo mejor, perviven elementos de nuestros antepasados precolombinos, como el consumo del tomate, de la papa y del aguacate o el uso de hamacas y canoas, o el gusto por las lagunas y los ríos, que los hijos del altiplano aún guardamos; pero nadie negará hoy que, por lo demás, a través de una herencia española, toda nuestra cultura es profundamente grecorromana (Dawson, 2010).

Si alguien no quiere aceptar la influencia grecorromana, esta es fácil de probar, pues basta con mencionar la manera en que muchas ciudades y pueblos del país están arquitectónicamente organizados: a una plaza central adornada por una fuente o una estatua del Libertador, de Nariño o de Santander en su centro, la rodean, *en cruz*, casas cuya entrada central desemboca a la misma plaza. En el lado más protegido, ya sea por una montaña —generalmente, dirigida hacia el

oriente—, por una sierra o por una enorme meseta, se alza una iglesia, y, justo al lado de la casa cural, se alza la alcaldía o el puesto de policía. Hacia abajo, por el extremo contrario, se encontrará, luego de tres o cuatro calles, un río o un cañón de una quebrada que, en algún momento, reconduce a ese río. Las casas del centro del pueblo obedecen al mismo principio: un patio central con una fuente que termina por uno de los ángulos en la puerta que desemboca a esa plaza central. En la esquina contraria de la entrada quedan la cocina y el baño. En los demás lados de la vivienda se adosan las habitaciones y una pequeña sala enmarca, al lado de la puerta, la parte de la casa que es, o era, accesible para las visitas.

La anterior descripción es bastante fiel, precisa e ilustrativa del ordenamiento de la inmensa mayoría de municipios del país; esa distribución, esa organización, esa interacción lógica con los espacios que opera en la mente es, antes que hispánica, una concepción griega (López de Asiain, 2001, p. 92); pero más allá de eso, es una arquitectura y una correlación del hombre con su espacio, que mucho tiene que ver con una visión mística religiosa y trascendente. En el centro de esas viviendas, como se recordará, no existía, en principio, una fuente, sino una de dos cosas: una hoguera permanente que no se podía dejar apagar, so pena de ofender a los dioses manes en el derecho romano; o una estatua, en tiempos griegos posteriores, del más importante de todos esos dioses manes o antepasados familiares (De Coulanges, 2003). Esa arquitectura denota que dos cosas eran esenciales para los que se pueden llamar los primeros hombres occidentales. El amor por los padres y por los hijos, que luego daría en abstraerse por el amor hacia los antepasados y la descendencia; en especial, la primogenitura, por un lado; por otro, el tiempo.

Las plazas son formas de relojes que —desde Grecia— permitían contemplar la salida del sol (López de Asiain, 2001, p. 93), por supuesto, amparada por Dios; de ahí la ubicación al oriente de la iglesia, y su ocultamiento al lado contrario, puesto que, el sol, desde la mitología griega, siempre —para descansar— se ocultaba tras las aguas. Ese reloj apostado en las plazas centrales servía para recordar la importancia de aprovechar juiciosamente el tiempo del día, pues los antiguos pobladores sabían medir la hora del día calculando la altura del sol respecto a una torre que casi siempre era visible desde todo el pueblo (Navarro, 2006, p. 14).

El mito fundacional griego

El mito como forma de medir el tiempo describe aquello que se tiene que repetir necesariamente, para que la sociedad pueda mantenerse incólume. El mito fundacional como forma de expiación de las sociedades antiguas describe la peor falta, la peor miseria, el peor de los desencuentros; todo, con una única finalidad: a través de una enseñanza, busca perpetuar, día a día, desde el pasado, el presente y, por supuesto, configura también el futuro. El mito subyace a la permanencia de la comunidad, o, si mejor parece, legitima la convivencia mutua en cada una de estas creando en la percepción de las personas construcciones simbólicas que llegan a ser tan reales como en el mundo concreto, erigiendo un sinfín de saberes, en tanto este también es una forma de conocimiento (Cassier, 1985).

Desde las aproximaciones de Michel Foucault, con una perspectiva crítica; o desde Lévi-Strauss, con una perspectiva sociológica; desde Goethe o desde el mismo Wagner y sus grandilocuentes óperas, se puede, sumadas todas esas perspectivas, aducir que el mito tiene que representar cuanto debe ser observado, las reglas que siempre deben tenerse en cuenta: aquellas cuyo desconocimiento va a significar la desgracia para todo el conglomerado social que las ha creado, pues como, precisamente, lo expone Lévi-Strauss, los mitos son seres lingüísticos que permiten dar razón de ciertas representaciones de tipo simbólico sobre la sociedad, y, por ello, romper con los mitos, o llevar a prácticas que los desconozcan, contraría la formación política y cultural de la sociedad (Lévi-Strauss, 1978, p. 99).

La sociedad griega se funda influenciada por una gran cantidad de mitos de Oriente: Fustel de Coulanges (2003) así lo demuestra en el siglo XIX, pues, con una perspectiva puramente histórica, en su magistral obra *La Ciudad Antigua*, muestra que no hay una verdadera separación entre Oriente y Occidente; lo que parece separarlos es la concepción de cambio. Así, mientras Oriente funda sus sociedades en la resignación, en la paciencia, en el acoplamiento del sujeto al sino de las desventuras ordenadas por dioses, Occidente —esto es, por primera vez Grecia— se funda en la posibilidad de cambio, en un principio que postula que el hombre instalado en la desgracia algo puede modificar, en especial, su destino, que, de manera inmisericorde, le fue trazado por los dioses.

Así surgen los primeros mitos: el hombre, cuya mortalidad envidian los dioses, descubre que a través de la persuasión, de la seducción o, incluso, del engaño, puede modificar su propio destino respecto a esos mismos malévolos u odiosos dioses, palabras que, por cierto, comparten una etimología en griego. Es así como Hércules, fruto de la infidelidad de Zeus, persuade a Hera —la celosa esposa de su padre— para que lo deje vivir en paz, si cumple a satisfacción todos los retos que ella le imponga; ello permite que todas las hermosas mujeres aqueas, *humanas*, descubran que valiéndose de su belleza pueden seducir a los libidinosos dioses; en especial, al mismo Zeus. De igual forma, hombres mortales como Peleo pueden seducir a hermosas diosas como Tetis para engendrar más héroes, mitad dioses, mitad hombres, como el pelida Aquiles o Prometeo, quien, por su parte, es capaz de robarse el fuego del Olimpo, la técnica, la *tekne*, para favorecer a los desamparados hombres, abandonados a su cruel destino por los dioses.

Según Lévi-Strauss (1978), tanto el lenguaje como las relaciones familiares —y, en especial, sus prohibiciones— comparten unas mismas reglas y características. Ello se debe, con esa perspectiva, a que uno y otras se derivan directa o indirectamente del mito, no solo como forma de medir el sinuoso tiempo que describe los hechos que siempre se van a repetir, sino de postular las reglas que nunca se han de violentar, so pena de mal aventurar a toda la comunidad.

Se recuerda que la existencia de Homero, hasta el día de hoy, no ha podido ser demostrada; no se sabe a ciencia cierta si fue uno o muchos hombres sucesivos. Solo se conoce que fue uno o muchos juglares que iba o iban de pueblo en pueblo, de ciudad en ciudad, a lo largo de las islas griegas; a lo mejor, tañendo el arpa y contando o cantando melodiosamente en los distintos modos —jónico, dórico, frigio, lidio o mixolidio— historias ya paganas y arcaicas para una también ya antiquísima sociedad, altamente influenciada por las culturas egipcia, asiriobabilónicas y orientales. Muchos de sus descriptores lo presentan ciego, harapiento y solitario, incluso desde su juventud. La ceguera en Grecia, como cabe precisar, era considerada símbolo de sabiduría, y dicha ceguera era admirada, pues se estimaba que la memoria de un hombre era mucho más impresionante si carecía de la vista (Vidal-Naquet, 2003, p. 7).

Dentro de esas historias que se confundían entre lo histórico, lo fantástico, lo alegórico y lo legendario, y que narraban los múltiples Homeros, como si estuviera impersonalmente él mismo dotado de la ubicuidad, tanto narradores

como escuchas coincidían en que la peor desgracia que alguien podría sufrir se concretaba en la imposibilidad de enterrar a sus muertos. Desde el siglo IX a. C., cuando se ubican la escritura y publicación de *La Ilíada*, en los casos menos optimistas, hasta la época de Sófocles, con su *Antígona*, representada por primera vez en 442 a. C., la peor tragedia de los griegos se materializaba en la imposibilidad de enterrar a sus familiares difuntos, lo cual conllevaba la desgracia no solo para el muerto, sino para todas las generaciones venideras de los linajes, ya que el entierro era un acto muy valorado por los dioses, pues era por medio del enterramiento de forma ritual como se confirmaba la muerte y se iniciaba una existencia espiritual; se demostraba con ello un interés por todos los aspectos importantes en la vida del ser humano (Urrea Méndez, 2009).

Los arriba mencionados dioses manes bendecían el hogar y la hoguera en la cual se cocía el alimento. El hecho de quedar muerto al aire libre, además de que implicaba la peor ofensa para el cuerpo, pues los animales carroñeros destrozarían la humanidad ya sin vida —y recordemos que de ahí viene el ya genético desprecio humano por las hienas, los gallinazos, los zopilotes, los chulos, las ratas y los gusanos; en general, por las bestias que comen animales muertos—, al interpretarse en ello un comportamiento reprochable de acuerdo con ciertos patrones de creencias y cierta simbología adoptada (Piñel López, 1999), también deja claro, de acuerdo con su religión, que el fallecido insepulto no podría atravesar el inframundo ni cruzar el Hades para poder llegar a la residencia de los dioses, a su nueva vida; que solo sería feliz si se producía la sepultura.

De ese presupuesto religioso se partía, pero, ¿por qué los niños griegos aprendían a leer en *La Ilíada*? ¿Por qué aprendían a escribir reproduciendo los cantos de esa hermosa obra literaria? Por supuesto, ya se aceptará que las enseñanzas no solo eran literarias o artísticas, religiosas, musicales, gramaticales o sintácticas, míticas o moralizantes, como Werner Wilhelm Jaeger (2001) nos lo cuenta en su *Paideia*. El significado cognitivo social de *La Ilíada*, por supuesto, era altísimo; hoy día, solo se recuerda de la hermosa obra, entre los ciudadanos normales, el engaño urdido por los aqueos a través del enorme caballo de madera, que permitió la entrada de unos cuantos guerreros y de Aquiles, hijo de Peleo, al interior de la ciudad, y que así se produjo la inclinación de la balanza a favor de estos, respecto a los desdichados troyanos, en una cruenta guerra que duró más de una sangrienta década.

Para los expertos en la literatura griega, sin embargo, *La Iliada* es una obra fundamental del acervo cultural helénico, por unas razones y un pasaje diverso, mucho más profundo y elaborado, que, quizás, todos recordemos, pero con una menor fuerza que la escena del caballo introducido a la ciudad inocentemente por los mismos troyanos: de manera previa, se señala que, luego de la muerte de Héctor a manos del pelida Aquiles, y tras muchas jornadas de camino, el rey Príamo, disfrazado de mendigo, llega hasta la tienda de campaña del más grande guerrero, para, luego de su cena y en el peor de los peligros, arrodillarse para abrazar sus piernas y besar tiernamente sus manos: las manos del asesino de su hijo, del asesino de la mayoría de sus hijos, que se contaban en más de cincuenta. Príamo, el rey de Troya, uno de los hombres más poderosos de su tiempo, se arrodilla para honrar y besar las manos del más grande guerrero de los aqueos, a cuyas manos murió el príncipe Héctor, general de sus ejércitos y llamado también “el invencible”, hasta esa triste batalla con Aquiles.

De tal forma, el relato homérico da cuenta de la virtud de los héroes en su historia, pues el arrojo y la valentía eran elementos que forjaban el carácter, y dichas características eran de mayor relevancia en los gobernantes, pues las virtudes de aquellos hombres representaban el ideal heroico en el cual estaba inspirado el mundo clásico (Pérez, 2012).

De manera resumida, se recuerda especialmente la dolorosa escena:

Príamo saltó del carro a tierra y fue derecho a la tienda en que moraba Aquiles, caro a Zeus. Le halló dentro y sus amigos estaban sentados aparte.

El gran Príamo entró sin ser visto, se acercó a Aquiles, le abrazó las rodillas y besó aquellas manos terribles, homicidas, que habían dado muerte a tantos hijos suyos. Como quedan atónitos los que, hallándose en la casa de un rico, ven llegar a un hombre que, poseído de la cruel Ofuscación, mató en su patria a otro varón y ha emigrado a país extraño, de igual manera se asombró Aquiles de ver al deiforme Príamo;

Y Príamo suplicó a Aquiles, dirigiéndole estas palabras:

Acuérdate de tu padre, Aquiles, semejante a los dioses, que tiene la misma edad que yo y ha llegado al funesto umbral de la vejez. Pero al menos aquél, sabiendo que tú vives, se alegra en su corazón y espera de día en día que ha de ver a su hijo, llegado de Troya. Más yo, desdichadísimo, después que engendré hijos excelentes en la espaciosa Troya, puedo decir que de ellos ninguno me queda. Cincuenta tenía cuando vinieron los aqueos: diez y nueve procedían de un solo vientre; a los restantes diferentes mujeres los dieron a luz en el palacio. A los más el furibundo Ares les quebró

las rodillas; y el que era único para mí, pues defendía la ciudad y sus habitantes, a ése tú lo mataste poco ha, mientras combatía por la patria, a Héctor, por quien vengo ahora a las naves de los aqueos, a fin de redimirlo de ti, y traigo un inmenso rescate. Pero, respeta a los dioses, Aquiles, y apiádate de mí, acordándote de tu padre; que yo soy todavía más digno de piedad, puesto que me atreví a lo que ningún otro mortal de la tierra: a llevar a mi boca la mano del hombre matador de mis hijos.

Si quieres que yo pueda celebrar los funerales del divino Héctor, haciendo lo que voy a decirte, oh Aquiles, me dejarías complacido. Ya sabes que vivimos encerrados en la ciudad; y la leña hay que traerla de lejos, del monte, y los troyanos tienen mucho miedo. Durante nueve días lo lloraremos en el palacio, el décimo lo sepultaremos y el pueblo celebrará el banquete fúnebre, el undécimo le erigiremos un túmulo y el duodécimo volveremos a pelear, si necesario fuere.

Le contestó el divino Aquiles, el de los pies ligeros:

Se hará como dispones, anciano Príamo, y suspenderé la guerra tanto tiempo como me pides. (Homero, 1993, p. 320)

El pasaje evocado de *La Ilíada* contiene el mito fundacional de Occidente; si no se creyese en dicha afirmación, baste recordar una sola descripción: ¿Recuerdan a un padre poderoso como un rey, pero en demasía bueno, que entregó a su propio hijo hasta las últimas consecuencias, hasta la muerte más dolorosa y vergonzosa, causada por el soldado más fuerte y poderoso de sus enemigos, para, en su momento, poder salvar a todos sus demás y pecadores hijos, pero que, por el perdón y la remisión de las culpas, vuelve a resucitar en un paraíso al que todos añoramos y al cual, por el mismo perdón, tenemos prometido llegar, por derecho? Tal es el mismo mito fundacional del cristianismo, una de las principales religiones del mundo, surgida ocho siglos después en Jerusalén, en una de las más pobres colonias del gran Imperio Romano: la judía (Chateaubriand, 1806). Así pues, se está hablando de la *Siphrosyne* griega y platónica, que por primera vez en el medioevo el gran Tomasso, en su *Summa Teológica*, retoma y describe como la relación de discordia entre Príamo y Aquiles, de la cual surge la virtud.

No va a ser, pues, la bendición del fuego, como medio otorgado por Prometeo para cocer los alimentos y para los industriosos hombres, lo que separe al hombre de las hordas de los animales, ni van a serlo el minotauro laberíntico ni la bendición del agua, a cuyas riveras se fundaron pueblos y grandes imperios, lo que distancia al ser humano de las salvajes y bárbaras manadas de primates

superiores; no va a ser tampoco la ausencia de vello ni un caminar más erguido lo que haga en realidad a los humanos. Lo que hace al humano, y he aquí el mensaje incomparable de *La Ilíada*, es la transabilidad de todo; incluso, la de lo más sagrado: del más profundo dolor. Una frase dotada de sentido incluso para otorgar el perdón, la remisión y para poder inspirar la compasión, el perdón de la peor afrenta: la muerte de un hijo, del más amado de los cincuenta hijos que tuvo Príamo, el más poderoso rey del Egeo, quien le remite su ira a Aquiles, quien le perdona su dolorosa venganza, por aquel haber matado por error, a su vez, a Patroclo. Por la identificación del propio dolor en el enemigo es como el hombre abandona la barbarie y funda presuroso la sociedad, la sociedad occidental, la sociedad griega, la sociedad del perdón; y ello no ocurre de una manera distinta que, a través del pacto, del que tanto se ufanan los pueblos aqueo, latino y etrusco.

Permítase ahora recordar lo que en algún pasaje se lee que decían los griegos sobre la adultez: se era adulto, en los inicios de la sociedad griega, solo cuando los dos progenitores habían muerto, pues únicamente entonces ya no era posible recurrir, en la desesperación de la necesidad, de la ira o del desamparo, del hambre o del pánico, a nadie que lo diera todo sin pensarlo; pero también decían que esa madurez solo iba a estar completa cuando se estuviera en capacidad de vivir en sociedad, y se estaba en esa precisa situación cuando se podía actuar indefectiblemente como Príamo frente a Aquiles.

La remisión y el origen del contrato social

Se podrá decir, incluso, que eso es solo una aproximación teórica e histórica al pacto, al perdón, al contrato; más específicamente, al pacto negocial, de la declaración de voluntad de perdón, de la remisión como forma de extinción de las obligaciones, de reconciliación en las sociedades vernáculas. Pero al respecto es loable rememorar que no hace más de un año, las madres, las esposas y los hijos e hijas de los diputados del Valle del Cauca que habían sido asesinados en 2007 concurren a La Habana, dentro del marco de las negociaciones de paz con las FARC (*El Espectador*, 2016), a hacer exactamente lo mismo que hizo Príamo.

¿Estarían dispuestas todas las personas a perdonar a quien, de la manera más ruin, matara a sus hijos y a su esposo? Fabiola Perdomo, esposa de uno de los diputados del Valle, lo hizo en la Habana, frente a ‘Timochenko’ (*Revista*

Semana, 2016), y decía que su perdón, por encima de todo, era poderoso y liberador, que abrazar a los verdugos de su esposo no significaba traicionarlo, ni a su hija, si hubiese podido ir acompañada de su padre todos los días al colegio, sino que significaba la posibilidad de cambiar el mundo, de distorsionar el destino trazado por los dioses, de modificar la barbarie eterna de la venganza; todo eso, que sonaba increíblemente complejo en términos emocionales y espirituales, solo se lograba para ella, como para Príamo, a través del perdón, del perdón que de ella partía como un acto de coraje propio de los héroes helénicos, y con el cual se quiere dar un paso hacia un nuevo comienzo (Jankélévitch, 1949). Concluía diciendo que lo único que ella deseaba era que su tragedia no fuera vivida por ninguna otra madre en Colombia ni, sobre todo, por ninguna esposa más. Juan Manuel Santos, durante la firma de los acuerdos tanto en Cartagena como en el Teatro Colón, en Bogotá, siempre tuvo a bien nombrarla como ejemplo de verdadera reconciliación. ¿Miden los mitos fundacionales a las sociedades? ¿Miden los mitos el transcurso del tiempo y la verdadera consolidación de las comunidades?

Es eso, precisamente, lo que configura a Occidente. Si bien el pueblo occidental no es considerado tan espiritual y evolucionado como los pueblos de Oriente, tal vez, el perdón, la renuncia a la vindicta, la renuncia a la ley mosaica y talmúdica, la renuncia a la ley del Talión —que predicaban todas las leyes mencionadas—, de que la única justicia era ojo por ojo, diente por diente, vida por vida, hijo por hijo, *esa* renuncia, hace que, por primera vez, la sociedad se transforme en una nueva ley, que, a su vez, diseña Occidente al trasvasar de la escena de Príamo y Aquiles la escena repetitiva que debe copiarse infinitamente para que la sociedad de Occidente se pueda perpetuar, para que sea coherente logrando mantenerse cohesionada y pueda subyugar la barbarie y el desconcierto de la locura vengativa, para que así, por medio de razones éticas y un adecuado discernimiento de lo bueno y lo malo para el conjunto social, se prevenga todo tipo de catástrofes (Ramos, 2004). El subrogado del perdón reemplaza a la vindicta, y se erige de manera drástica, sin pedir nada a cambio, pues detrás de él no va arraigado ningún deseo utilitarista y no se persigue intercambio alguno, en tanto que se renuncia no solo a la venganza, sino también, a todo tipo de indemnización, por ser un actor que busca el bien mayor (Le Guyader, 2010).

Todas las visiones contractualistas modernas de la sociedad, como con Robinson Crusoe y Viernes, donde la cooperación social ordenada les permitió

evitar los posibles conflictos que entre ellos podrían suscitarse, al entender que el orden social es esencial para evitar enfrentamientos entre los cuerpos y el espacio (Hoppe, 2004); la revolución Francesa, la consolidación del Imperio romano de Occidente, donde el soldado que matara por fuera de la batalla a un sujeto del pueblo invadido era sometido a la más dura ley marcial, la *Utopía*, de Moro, el *Contrato social*, de Rousseau, las visiones progresistas de los jacobinos y de los girondinos, la superación romántica de los Estados-nación, el reconocimiento en el otro de la misma propia humanidad que imposibilita cualquier clase de irrespeto, la postulación de los derechos fundamentales como norma irrestricta de la sociedad contemporánea, hunden todas sus raíces conceptuales y teóricas en la misma única y preciosa imagen de un Príamo de rodillas abrazando las piernas de su peor verdugo, porque no lo mató a él, sino al ser a quien más amaba; una imagen en la que está besando las manos del asesino de su más querido hijo. Disponiendo por su propia voluntad; ya no de la furia vengativa, sino de la única forma de liberación que pasó desapercibida a los dioses: el perdón como misiva de estabilidad social, la cual se logra por medio de acciones que tienden a transformar las condiciones que propiciaron el conflicto y permiten, a su vez, el restablecimiento de la cooperación entre los hombres (Garrido-Rodríguez, 2008).

El mito fundacional de Occidente remite a la primera declaración de voluntad de la cual se tiene conocimiento, entendida como un negocio jurídico y que, antes que ser constitutivo, lo es dispositivo y remisorio, una declaración extintiva de una obligación nacida de la realización de un daño, de una ofensa horrible y terrible, de un perjuicio irremediable. La venganza está desde siempre proscrita en la sociedad jurídica humana occidental. El dolor y la piedad la reemplazan y la segunda se convierte en la más preciada de las virtudes griegas y romanas, la *Pietas*, la *Fides*, la *Libertas*. Así se debía entender la ciudadanía griega, la que se alcanzaba con la adultez; parecería plausible en estas épocas, en las que todos exigen derechos, pero pocos reconocen sus propias obligaciones.

Rememorar que el contractualismo social no fue inventado en Francia a finales del siglo XVIII, sino que está postulado en los más vernáculos y antiguos mitos de la cultura que se comparte. Pero, además, vale recordar que la libertad social está sujeta a la mayor cantidad de obligaciones sociales y, sobre todo, a las más pesadas. Pues la vida en sociedad no fue regalada por los dioses, sino labrada con duros esfuerzos por la raza humana; y su precio, en realidad, era muy

alto: la renuncia a la vindicta, la auto-conminación para el perdón, la remisión y la extinción de las cuentas del otro. Esa, y no otra, es la verdadera importancia de *La Iliada*, texto fantástico que no solo debería ser leído por los apasionados por la disciplina jurídica, sino por todos los que se consideren occidentales.

El señor Harari debería leer más sobre la verdadera grandeza humana, debería informarse mejor sobre lo que hace al humano, pues no resulta aceptable considerar que el comercio, la opresión de los imperios o la política sean los que lo forjan, pues puede llegar a encontrar que las relaciones humanas entre las cuales ha operado el perdón han contribuido inmensamente al engrandecimiento del ser humano, en tanto que el perdón y el actuar con base en él no solo honran a quienes los practican, sino que exaltan a la humanidad en su generalidad (Villa Castaño, 2015).

Conclusiones

Muchas veces en los salones de clases se discute cuál es el mayor invento de la humanidad y, por supuesto, los jóvenes proclives al desarrollo tecnológico enumeran los celulares, los computadores, la Teoría de la Relatividad o el cohete; pero las divagaciones no duran mucho: cuando se les pregunta qué pasaría si el hombre siguiera viviendo aún bajo la ley del Talión, a lo mejor, todos estarían mancos, tuertos y dolientes, pero, sobre todo, no sería posible la convivencia en comunidad que habría procurado las condiciones para esos otros ulteriores desarrollos técnicos o científicos. El mayor invento de la humanidad es la vinculatoriedad jurídica del contrato. Eso es lo que dirigirá muchos estudios en las aulas de clase donde, por medio de la *tekne*, la dogmática, la científicidad y la verificabilidad, se dará razón del más importante invento de la humanidad: el contrato, los pactos, las obligaciones y sus formas de extinción.

El mito fundacional de Occidente tiene que ver con el perdón de las peores ofensas, el negocio jurídico como declaración de voluntad que tiene la capacidad de modificar el mundo conlleva una capacidad de disposición, de *dis ponere* —si se permite la descomposición etimológica del término— de poner de distinto modo las cosas y, en el caso especial, el destino del mundo; hace relación a esa precisa característica del mito. El primer negocio jurídico del que se da cuenta en los textos escritos, y entendido como la declaración de voluntad encaminada

a producir efectos jurídicos, fue una remisión de obligaciones, el perdón de la peor ofensa: una transacción entre quien quería poder honrar a sus muertos y el homicida, que solo podía sentir piedad y vergüenza, y donde la palabra y la buena fe que se empeñó en la celebración de tal negocio dan razón de la trascendencia de los vínculos jurídicos y su aporte al avance en materia social (Betti, 2000). Uno y otro, rey y semidiós fundaron Occidente y se inventaron el contrato como forma severa, estricta, de evitar para siempre la guerra y la barbarie.

Referencias

- Aristóteles. 1954. *La política*. Barcelona: Iberia.
- Bascañán, A. (1960). *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, S.L.
- Cassier, E. (1985). *Filosofía de las formas simbólicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Chateaubriand, F-R. (1806). *Genio del cristianismo o bellezas poéticas y morales de la religión cristiana*, tomo II. Madrid: Universidad Complutense.
- Dawson, Ch. (2010). *La religión y el origen de la cultura occidental*. Madrid: Ediciones Encuentro S.A.
- De Coulanges, F. (2003). *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. México: Porrúa.
- El Espectador*. (9 de septiembre de 2016). Farc pedirán perdón a familiares de diputados del Valle asesinados en 2007. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/paz/farc-pediran-perdon-familiares-de-diputados-del-valle-a-articulo-654116>
- Garrido, E. (2008). El perdón en procesos políticos de reconciliación: el mecanismo micropolítico del aprendizaje para la convivencia. *Papel político* 13(1), 123-167.
- Harari, Y. (2014). *Sapiens: De animales a dioses*. Barcelona: Debate.
- Homero. (1993). *La Ilíada*. Madrid: Editorial Gredos.
- Hoppe, H. (2004). *La ética y la economía de la propiedad privada*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- Jaeger, W. (2001). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jankélévitch, V. (1949). *Traité des vertus* (tomos 1-3). Paris: Flammarion.
- Le Guyader, A. (2010). Ambivalence du droit et paradoxe des Droits de l'Homme selon Jankélévitch. En F. Schwab, *Présence de Vladimir Jankélévitch. Le charme et l'occasion* (pp. 231-262). Paris: Beauchesne.
- Lévi-Strauss, C. (1978). *Elogio de la antropología*. México: Siglo XXI.
- Locke, J. (1992). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- López de Asiain, J. (2001). *Arquitectura, ciudad, medio ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Navarro, E. (2006). El tiempo a través del tiempo. *Athenea Digital*, (9), 1-18.
- Pérez, F. (2012). La Ilíada de Homero y El Príncipe de Maquiavelo: la influencia de la Ilíada en la conformación del ideal del príncipe maquiaveliano”. *Revista Electrónica Historias del Orbis Terrarum*, (8), 72-84.

•Iconografía histórica del contrato: el mito fundacional y el nacimiento de Occidente...•

- Piñel, R. (1999). El animal en el refrán, reflejo de una cultura. Estudio contrastivo alemán-español. *Paremia*, (8), 411-416.
- Ramos, C. (2004). De la venganza y el perdón. *Desde el jardín de Freud* (4), 222-231.
- Revista Semana*. (26 de septiembre de 2016). Fabiola Perdomo, la víctima que homenajeó Santos en su discurso. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/firma-de-la-paz-juan-manuel-santos-menciona-a-fabiola-perdomo-en-el-discurso-final/495540>
- Steiner, G. (2003). *Lenguaje y silencio: Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*. Barcelona: Gedisa.
- Urrea, J. (2009). Los ritos funerarios: Iberia y Grecia. El uso del vino en el mundo antiguo un ejemplo en una tumba hallada en la necrópolis ibérica de Lorca. *Alberca: Revista de la Asociación de Amigos del Museo Arqueológico de Lorca* (7), 25-53.
- Vidal-Naquet, P. (2003). *El mundo de Homero*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Villa Castaño, L. (2015). El perdón en el plano humano: entre el amor y el diálogo. *Praxis Filosófica Nueva Serie* (41), 125-142.
- White, H. (1992). *Metahistoria: la imaginación histórica en la Europa del Siglo XIX*. México: Fondo de Cultura Económica.

SAPERE AUDE: RASTROS Y PERSPECTIVAS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA ERA DIGITAL

José Guillermo Castro Ayala*

Resumen

La labor de Karl Marx puede ser criticada a la luz de las corrientes económicas y políticas actuales, pero sería impreciso desconocer su trascendencia en las diferentes dinámicas de construcción de las constituciones sociales que cambiaron el paradigma del constitucionalismo. La introducción de derechos sociales, en especial, la introducción de derechos laborales es un rasgo propio de su pensamiento.

* Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (LI.M) y Doktor Iuris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de Obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

Lo cierto es que, a pesar de la introducción de esos derechos, la situación actual no permite continuar con el paradigma tradicional de la relación laboral o las relaciones sociales y civiles: prácticamente, la situación actual implica una transformación de las dinámicas que solamente serán equilibradas a través de la razón.

Palabras clave: Derechos sociales, tecnología, constitución social, código social

Abstract

Karl Marx's works can be criticized in light of the economic and political current trends, but it would be imprecise to ignore his transcendence in the different building dynamic of social constitutions that changed the constitutionalism paradigm. The introduction of social rights, especially the introduction of labor rights is a characteristic feature of his thoughts.

The truth is that, despite the introduction of these rights, the current situation does not allow to continue with the traditional paradigm of the labor relationship or social and civil relations, practically, the current situation implies a transformation of the dynamics that will only be balanced through reason.

Key words: Social rights, technology, social constitution, social code

Introducción

“¡Sapere aude: Tengan el valor de servirse de su propia razón: juzguen su entorno!” (Kant, 2013, p. 87). Era la idea principal de un corto texto llamado *¿Qué es la ilustración?*, uno de los más lúcidos del gran Immanuel Kant, quien, en realidad, no escribía para el mundo, ni siquiera para Prusia, sino para su pequeña ciudad, Königsberg, o Kaliningrado, hoy día en Rusia. Esa frase abre la percepción del hombre moderno hacia la universidad ilustrada y hacia los estudios filosóficos sociales que cuestionaran nuestra cotidianidad, nuestras formas de vida, nuestra realidad.

Hace 500 años exactos, ocurrió la reforma protestante, que dio un nuevo contorno a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, a la libertad informativa y, por supuesto, a la libertad negocial; y hace, también exactamente, 150 años,

se funda en Bogotá la primera institución universitaria que hasta hoy pervive en el país. Hace 150 años, igualmente, Karl Marx publica, para septiembre, en la ciudad hanseática de Hamburgo, el primer tomo de *El capital*, una obra controvertida, criticada y prácticamente olvidada hoy día. A lo sumo, la aproximación económica a esa obra consiste, para muchos, en considerarla disparatada. Sin embargo, con tres perspectivas muy diversas, *El capital*, de Marx, sigue conservando su interés y la trascendencia de la obra es altamente significativa. En el plano de la investigación social, *El capital* es, con distancia, la obra académica más citada desde su publicación y hasta nuestros días (Wheen, 2012, p. 8), no solo en Europa, sino en casi la mitad de las naciones del planeta.

Desde el punto de vista filosófico, *El capital* es la culminación de una percepción discursiva de Karl Marx, epígono de Hegel. La crítica de la economía política se consolida como un estudio lúcido del materialismo histórico, de la dialéctica histórica, que busca ser una forma, a pesar de reduccionista, de explicar las complejidades de las tensiones sociales. De igual forma, la obra va a ser el fundamento primigenio del reconocimiento de que los Estados y sus constituciones y sus leyes deberían tener no solo tareas políticas negativas (Villar, 2007, p. 83) —esto es, de establecimiento y mantenimiento de la paz, de garantía de la democracia, de la igualdad y de la libertad—, sino que, además, deberían gravitar sobre las prestaciones positivas del Estado encaminadas a satisfacer las necesidades más apremiantes del individuo. Se pueden citar ejemplos precisos: a escasos cuarenta años de su publicación, más o menos entre 1917 y 1919, se expiden tres constituciones que así lo admiten: la de Weimar (Rürup, 1992), la de Querétaro (Rabasa, 1996) —que tiene como fundamento la redistribución de la tierra y la compensación justa del trabajo— y la bolchevique, de 1918 (Comisión del Centenario de la Revolución Socialista de Octubre, 2017), que, incluso, fue más allá en tientos haciendo prevalecer los derechos sociales por encima de las libertades del individuo e imponiendo un Estado altamente invasivo y totalitario.

La redacción del texto siempre fue concebida por su autor como una respuesta a la Revolución Industrial de 1848 (Marx, 2012). Su propuesta concreta tenía que ver con otorgar al individuo la posibilidad económica de sobrevivir a través de la más justa repartición de lo que llamó plusvalía, y la cual, a su turno, se derivaba del propio esfuerzo y del empeño puesto por cada uno de los trabajadores, contrapuestos a los dueños de los medios de producción.

Según el concepto de la humanización del trabajo, los trabajadores no deberían tener jornadas extensas, sino que, además de la menos injusta repartición del mayor valor de las cosas, estas deberían financiarse una remuneración no solo en dinero: debería, además, pagarse una seguridad social; esto es, la posibilidad de que la salud de los trabajadores no dependiera, como hasta ese momento, de la piedad religiosa ni de que su vida útil laboral coincidiera con la misma duración de su propia vida, sino que pudiese tener un justo retiro al final de ella. Cuando se leyeron estos objetivos, claros o soterrados, de *El capital*, a muchos les parecieron ciertamente infames u odiosos —incluso, peligrosos y revolucionarios— en la Inglaterra victoriana: el liberalismo manchesteriano se estremeció hasta sus tuétanos tras la publicación. Ciento cincuenta años después, a pesar de ser la obra más criticada en Occidente, es necesario recordar que prácticamente todos los países democráticos del mundo han incorporado dentro de su legislación obligatoria esos principios postulados inicialmente por Marx. Por más neoliberal convencido que sea alguno de los lectores, la perspectiva crítica, de alguna manera —por lo menos, al leer la constitución de su propio país o la legislación laboral—, se diluye.

La complejidad laboral luego de la expedición de *El capital* nunca había sido un tema tan actual como hoy; y, tras nuestras investigaciones, me atrevo a predecir que lo seguirá siendo progresivamente. Las estadísticas más “oficialistas” mencionan que solo “media” o una de cada siete personas trabajan en el planeta (Banco Mundial, 2016). ¿Cuánta gente, en promedio, trabaja y ha trabajado? Parece ser una pregunta retórica y alegórica que pocas veces nos hemos hecho dentro del paradigma del neoliberalismo tardío: hacer depender del trabajo la estabilidad de la sociedad nunca fue, en realidad, una buena idea. ¿A qué se debió el cambio de la retórica del trabajo durante los años setenta del siglo pasado? ¿Por qué pasamos de hablar de la teoría marxista del trabajo a las nociones de empleo y del pleno empleo? Desde la filosofía, se ha dado cuenta de la paradoja presente en el hecho de que las sociedades postindustriales pretendan seguir creando más empleos rentables, cuando se producen cada vez muchos más bienes con mucho menos trabajo y menos esfuerzo humano; pero, además, si se produjese el logro del pleno empleo, así todos los seres humanos solo realizáramos funciones intelectuales, se pondría en grave peligro un delicado equilibrio ambiental: el teletrabajo, el subempleo, la ocupación parcial, los *minijobs* y el minimalismo

consumista han modificado significativamente el panorama de la sociedad pos-modernista neoliberal: el planeta no soporta más trabajo ni más consumo (Méda, 2007, p. 24).

El bienestar humano y la revolución digital 4.0

Con una perspectiva histórica, un tanto más incorrecta políticamente, siempre late en los textos de los grupos de derecho civil una idea que vale recordar aquí, y según la cual el derecho, el *Ius civile*, el *Ius honorarium* y el *Ius Gentium*, tal como los conocemos hoy día, no nacieron subordinados a un sistema económico, sino que, por el contrario, surgen bajo la égida de un Estado que les brindaba pleno bienestar a sus ciudadanos. La *stipulatio*, la negociación, el intercambio, la permuta y la venta nunca estuvieron subordinados a un sistema económico. Incluso, vale la pena recordar que esa frase, popularizada por los gobernantes romanos, de “pan y circo para el pueblo” (Juvenal, 1996, p. 130) daba cuenta, en realidad, de que los ciudadanos romanos —patricios o plebeyos, o, incluso, adoptados o civilizados por conquistas— gozaban —claro está, a costa de la esclavitud de muchísimos otros pueblos bárbaros o antilatinos— del privilegio de, más o menos, una libra de harina de trigo diaria (*Lex frumentaria*) y tanta agua potable como fuese necesaria para cada individuo (*Lex urs*).

Desde la Antigüedad, la pertenencia a un Estado comportaba la posibilidad de satisfacer las necesidades humanas, un servicio de salubridad básico. También era gratuito en Roma y la adjudicación de vivienda y mercado era parte de las tareas del Estado romano; más precisamente, una labor directa del emperador. La Edad Media, sin embargo, olvidó ese entendimiento de las cosas. Solo fue hasta las posguerras en la Europa del siglo XX cuando la destrucción, la miseria, la imposibilidad de progreso, la desnutrición generalizada, los niños huérfanos, los adultos mutilados, la precariedad de varones, pues muchos habían muerto en el frente de batalla, se plantearon de nuevo como fundamento de las obligaciones positivas y sociales del Estado. Ello parece interesante para el caso colombiano, si no se olvida que, por primera vez, estamos hablando de un posconflicto en un sentido pleno y significativo, pues a pesar de que la Constitución de 1991 se redactó bajo la comprensión de la desmovilización del M-19, como condición necesaria y causa eficiente de la misma Carta Magna, lo cierto es que continuaron

siendo combativos; sin embargo, las disidencias de las FARC, el ELN, y otro par de grupos guerrilleros, así como el paramilitarismo estimulado por una parte relevante del Estado permanecieron en el escenario político, económico y social del país.

Si no olvidamos a académicos como Tony Judt, Luigi Ferrajoli, Eric Hobsbawm, Franz Wiacker, Uwe Wesel, o, incluso, posiciones políticas como las de Herman Heller, en la era de la posguerra planteada por Konrad Adenauer y Charles de Gaulle o el mismo Otto von Gierke, criticando el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), apenas tras su expedición, es claro que la redacción y la expedición de un código social debería ser de momento, ahora, en estas mismas semanas, un punto de discusión democrática y legislativa muy importante en Colombia, lo cual, sin embargo, y como lo sabemos, no está ocurriendo. Ni el mantenimiento ni la consolidación de la paz se van a lograr con buenas intenciones; no hay nada más revolucionario que el hambre y la necesidad, escribía, hace ya un tiempo, Tucídides.

Pero aparte de ello, nos encontramos viviendo, en realidad, una gran transición de paradigma; tal vez, la más grande. Estamos viviendo algo que ha sido denominado como la Revolución Digital, la cuarta revolución industrial, la revolución industrial 4.0. La automatización de la sociedad. La telemática y la robótica, así como los drones y los vehículos cada vez más autónomos, son una realidad permanente. Se está produciendo, lentamente, el reemplazo del trabajo humano manual por el trabajo de las máquinas. El trabajo intelectual del hombre está siendo sustituido por el imperio de los algoritmos, que, poco a poco, pueden sensibilizarse y pensar, decidir, actuar como seres humanos. Por lo mismo, países del Primer Mundo como Suiza o Noruega, que han llegado a la conclusión de que el mal concebido y peor planeado “pleno empleo” es una calenturienta idea, una distopía postapocalíptica ya discuten dentro de sus agendas legislativas el salario mínimo universal, e, incluso, han hecho experimentos censitarios y parciales al respecto, pero leyes generales y definitivas se plantean allí como una necesidad urgente, o se habla en Alemania o Francia de las prestaciones sociales subvencionadas plenamente por el Estado, y que permitan que el trabajo humano, a pesar de obsoleto y costoso, siga siendo rentable, al menos, por dos o tres generaciones humanas más. Desde pastores de pequeños rebaños de ovejas hasta asesores bancarios, tras las crisis de 2008 reciben subvenciones parciales o plenas.

A lo anterior se suma la desproporcionada concentración de la riqueza, que es denunciada día a día por miles y miles de nuevos desempleados a lo largo y ancho del planeta, mientras que, por primera vez, se concibe la moneda en el sentido clásico en el cual todos los presentes la hemos conocido: como el gran obstáculo para la digitalización, el progreso y la cada vez más vertiginosa forma como las multinacionales y los bancos quieren que evolucionen el mundo y, sobre todo, el mercado. Lo que debe aceptarse es que mientras en los países desarrollados se discuten prolijamente estos puntos, en los países periféricos la mayoría de la población vive aún en el feudalismo, en el absoluto analfabetismo o en situaciones sociales y sanitarias muy precarias, en niveles de pobreza altamente preocupantes.

Conceptos como la obsolescencia programada, los ciclos de consumo y el crédito electrónico ficticio son nuevas ideas y percepciones sociológicas y jurídicas que preocupan no solo a las empresas y los bancos que los imponen, sino a cada ser humano que sea consciente de que el planeta no puede soportar a los más de ocho mil millones de seres humanos que se habrán sumado para 2050 sobre la faz de la Tierra, lo cual generará una brecha social y económica sin precedentes y fuera de todas las dimensiones conocidas. Para entonces, si las tendencias no varían, tendremos a ricos con la posibilidad de adquirir, de contado y en un único momento, el 90 % del planeta y la clase media mundial se habrá reducido a cifras alarmantes, mientras que la morbilidad infantil será inmediata hasta en el 5 % o el 10 % de todos los nacimientos que para entonces se produzcan.

El concepto de vivienda en la posmodernidad neoliberal se vuelve obsoleto *per se*; la sociedad humana ha vuelto a ser, como dirían algunos teóricos, trashumante. Para 2050, más de la séptima parte de la humanidad habrá dado más veces la vuelta al mundo y habrá recorrido más distancias que lo que toda la historia de los homínidos podría sumar hasta la década previa, la de 2040. Y las fuentes de ingreso de todos esos individuos estarán directamente ligadas a su capacidad programada, cultural y educativa de viajar, trashumar, adaptarse de una cultura a otra y de una lengua a otra (Attali, 2003).

La salud, por primera vez, se está transformando en la inmortalidad, a través de la eugenesia. Como lo menciona el profesor de historia Yuval Noah Harari (2011), una élite humana podrá para 2050 afirmar, por primera vez, su imposibilidad de morir, gracias a la nueva medicina genética: la resiliencia; esto es, la capacidad de adaptar la fisiología y las etiologías de edad en edad posibilitará a

los genetistas mantener vivos a todos los seres humanos que, por supuesto, tengan la respectiva capacidad económica, y tanto como se pueda concebir posible.

La educación ya no se materializará en aprender. Filósofos y pedagogos como Martha Nussbaum y Peter Euben nos hacen percatarnos de que la educación en la era de telemática digital gravitará en la capacidad de seguir aprendiendo: en el *multitasking* o la posibilidad de hacer varias decenas de tareas altamente complejas que se modificarán en cuanto a su concepción, su realización y su interiorización en periodos cada vez más cortos; pero, además, la educación ya no será para producir, sino para hacer más versátil la felicidad humana (Nussbaum, 2012; Euben, 1997). En efecto, la máquina que construye máquinas y se puede autoperfeccionar es ya una realidad, como nos lo evidencian las impresoras 3D; y esa máquina liberará, en menos de dos o tres décadas, por primera vez, las manos del hombre de las tareas manuales e intelectuales inclusive, para que solo se dediquen a la búsqueda plena de la felicidad. Pero, además, la educación hace, lentamente, tránsito hacia una dimensión digital. Nuestros niños ya no quieren leer, ni siquiera ver, sino interactuar; ya no quieren recorrer el mundo por placer, sino verlo a través de las redes y las realidades virtuales, donde, de alguna manera, los riesgos han sido eliminados y los placeres, por supuesto, multiplicados.

El *Homo videns* moderno, propuesto como antípoda del clásico intelectual por el riguroso Giovanni Sartori, ha pasado a la historia (1997, p. 93). Cada uno de nosotros pasa cada día más cantidad de tiempo en el entorno digital. Si hace apenas cinco años se respondían correos en las dos horas iniciales de la jornada de trabajo, la noción actual de siete días por veinticuatro horas implica una modificación, también, de la noción de trabajo, que se subordina a la permanente presencia de todos los individuos en la dimensión digital eterna o plena, como la llaman los gurús Zuckeberg o Bill Gates. Comprar, pagar, reconocer, comprender, aprender, socializar, querer, odiar, amar, supervivir, son conceptos que ahora aparecen mediados por un nuevo apéndice de ese *Homo sapiens sapiens tecnologicus* que empezamos a ser todos: un dispositivo digital imprescindible.

Sin embargo, para, más o menos, la mitad de la humanidad hoy día —más o menos, tres mil millones de personas en el planeta—, la realidad es otra y muy diferente, pues viven con menos de dos dólares por día (Banco Mundial, 2011). Las nuevas luchas en nuestro país no tienen que ver ya con la guerra o las guerrillas, el paramilitarismo o el desplazamiento forzado, sino con la

acendrada pobreza en nuestro país, con la precariedad de bienes y, sobre todo, de servicios básicos y elementales. Recordemos que según la CEPAL, en la última década, luego de Haití y Brasil, el ciudadano colombiano de a pie enfrentó uno de los sistemas sociales más precarios y desiguales de Latinoamérica (CEPAL, 2014), donde, además, el coeficiente de Gini, nos dice que se exagera cada vez más la desigualdad a través de la concentración de la riqueza; en especial, de la propiedad inmobiliaria, lo que parece ser un fenómeno imparable, no obstante la verificación del fin del conflicto.

Pero la desigualdad en los prolegómenos del tercer milenio no es un problema solo colombiano, sino que es un problema mundial: casi tres cuartas partes de la humanidad no tienen acceso a Internet (InternetWorldStats, 2017); pero, más grave aún, más de 600 millones de personas no tienen acceso al agua potable (OMS, 2015), y casi la misma cantidad de personas no tienen la suficiente cantidad de proteínas al día (FAO, 2017). Casi la mitad de la población humana vive rodeando por encima o por debajo los umbrales de la pobreza, y una cuarta parte de la población vive en la miseria absoluta. El problema de la propiedad, la posesión y el uso del suelo es un problema mundial. Casi el 60% de la tierra (obviado el continente europeo) se encuentra en manos de transnacionales (FAO, 2011) que producen, ante todo, comida que no puede ser avalada y examinada sino por las mismas transnacionales, como Bayer y Monsanto. Adicionalmente, hacen un uso abusivo del suelo, pues las exploraciones mineras, o incluso los cultivos de biodiesel, aunque en una menor proporción, siguen contaminando el ambiente, el aire, el agua y nuestros alimentos. Como lo denuncia la televisión alemana (Braun, 2015), una única empresa, Blackrock, controla la mitad de las 147 corporaciones que, a su vez, controlan la economía mundial. Ella sola aglutina el 43% de la riqueza del planeta: es dueña no solo de empresas de alimentos transgénicos, sino de armas de destrucción masiva, equipamiento militar e industrias que desconocen los pactos ambientales de Montreal (2000), Kioto (1998), Río (1992) y París (2015). De momento, debemos aceptarlo, el crecimiento económico mundial subordinó incluso el concepto de dignidad humana.

Lamentablemente, la progresión geométrica a través de la cual crece la población humana no se compadece con las escasas posibilidades de repartición de la propiedad inmobiliaria; y de ese mínimo porcentaje, la cantidad que, a través de

proyectos, se dedica a la sostenibilidad es tan ínfima que apenas si nos permite afirmar que hay un umbral de esperanza.

Muchos académicos denuncian desde distintas aristas dicha realidad: el francés Thomas Piketty, el alemán Robert Alexy, el hindú Amartya Sen, el británico Tony Judt y el italiano Luigi Ferrajoli, desde la economía, la historia o el derecho, presuponen, intuyen o diagnostican que los únicos límites del crecimiento económico tienen que ver (y deberían ser, y estarían constituidos) con la dignidad humana; esto es, con la verdadera posibilidad de que seamos libres, ya no a través de un aparato estatal que omita las intromisiones del mismo Estado o de otros particulares en nuestra vida, de acuerdo con la visión liberal clásica, sino a través de las prestaciones sociales estatales que, para evocar la idea de Piketty, permitan, a través de la tributación, que los niños no crezcan desnutridos, que se eduquen para poder escoger su propia profesión y que, a través de la riqueza que obtengan al explotarla, puedan pagar su salud y su justo retiro y cuidar de los suyos, una vez alcanzada la vejez (Piketty, 2014). En efecto, la tributación parece ser, dialógicamente entre generaciones, el dispositivo sucedáneo del ya casi absurdo concepto de “pleno empleo”, que ningún miembro de nuestra generación volverá ya a experimentar.

Sin embargo, frente a esas concepciones académicas y filosóficas que, de alguna manera, constituyen la eterna utopía intelectual, ahora la del siglo XXI, pero que han sido planteadas desde Pierre Joseph Proudhon, Thomas Moro y Henry de Saint Simon, el embate de la realidad nos muestra que la única posibilidad que tiene la economía para seguir creciendo al ritmo deseado es la eliminación de un único gasto enorme, a través de las bondades que ofrecen la digitalización y la robotización de la sociedad: la eliminación del empleo de la fuerza humana se proyecta como la verdadera válvula de escape para dinamizar —incluso, de manera ilimitada— la producción, para materializar el crecimiento económico sin límites.

Pero, ¿es cierta esa agradable transición que nos presentan los economistas? Ciudades como Detroit, en Estados Unidos, son desiertos urbanos, donde ahora solo quedan fábricas llenas de máquinas y robots, aparte de pobreza (La Nación, 2013). El valle del Silicón, en California, la novena economía del mundo, tiembla ante la preocupante realidad de que las sequías veraniegas en dicho estado son cada vez más prolongadas, calientes y erosivas. La nueva sede de Apple gastó

cantidades enormes de dinero en refrescar los ambientes y en recolectar, al costo que fuera, elpreciado líquido (BBC, 2017). Europa, salvo Alemania, Holanda y Suiza, ha tenido un crecimiento negativo por casi cinco años consecutivos desde 2008 y la recuperación desilusiona hasta a los economistas más optimistas (Banco Mundial, 2017). Los fenómenos naturales, que a lo largo de los últimos tres años se han incrementado, si bien no pueden asociarse, en términos científicos rigurosos, al mal uso del ambiente por parte de la humanidad, no dejan de llamar la atención, si no se olvida que hemos modificado la temperatura natural del planeta en más de 14 °C durante los últimos ciento cincuenta años (NASA, 2012); o sea, desde cuando se hicieron endémicas y dejaron de ser episódicas las revoluciones industriales alrededor del globo.

Si bien parece urgente, es cierto, que los derechos de libertad e igualdad —las clásicas consignas del Estado gendarme— sigan siendo fortalecidas por la discusión pública, por la eliminación de las tiranías y, sobre todo, por el control, el cuidado y el balance de gobiernos de turno con visiones del mundo demasiado estrechas, no lo es menos que estamos abocados a que nuestros hijos y nuestros nietos, no obstante ser los humanos más informados de la historia, más telemáticos, más digitalmente inteligentes, no sepan, o no puedan saber muy bien, de dónde se van a derivar sus ingresos diarios si no se lucha a muerte, como diría Rodolfo de Ihering, por un código social que, ojalá, incluso sea universal; un código que procure no solo que los seres humanos se presupongan libres e iguales, sino que su libertad y su igualdad estén concebidas y mediadas por la consolidación de Estados que posibiliten la existencia digna de todos sus asociados. La libertad y la igualdad, en su concepción, hacen tránsito, señoras y señores, independientemente de la posibilidad de trabajar, a que se garanticen vivienda, salud, educación, alimentación y acceso a la red a todo el conglomerado social.

Desde hace décadas, se han concebido los derechos fundamentales como el único reducto de resistencia frente al imparable fenómeno económico, pero nunca esas ideas habían cobrado tanta relevancia, tanta fuerza ni tanto valor como ahora. La dignidad humana, ampliada en su concepción a la simple posibilidad de supervivencia digna, como diría Heller (Villar, 2007, p. 83), deberá prevalecer en un siglo XXI lleno de paradojas y perplejidades, donde ese concepto de derecho civil, de regulación mínima para la autoconfiguración de la vida del sujeto, sigue más vigente que nunca, pero con una realidad social totalmente ajena a lo que

Jean Portalis, Jacques de Maleville o don Andrés Bello, en su momento, pudieron considerar.

El individuo ahora puede ya no ser, sino estar constituido por más de dos o tres distintos genomas, y un niño puede tener más de dos, tres o cuatro padres y madres; pero, además, su nacimiento puede ser manipulado médicamente, para acelerarlo, demorarlo o congelarlo (Cevallos, 2017) y cada día el mismo devenir de esos nuevos niños pende más y más de la permanente conexión a una red; sus sentidos, agudizados por las máquinas digitales, nunca se habían excitado de tal manera. Los jóvenes, los nativos digitales, los *millennials*, lo que menos quieren es tener deudas, acrecer patrimonios, fundar familias o pagar hipotecas, las sucesiones han sido reemplazadas por el cada vez más inasible, volátil y etéreo derecho societario.

Más aún, el principio por antonomasia del derecho privado, según el cual no existe un derecho sin pretensión, parece ser evanescente en una jurisprudencia que ya no habla de personas naturales o jurídicas, sino de seres sintientes, como figura en la Ley 1774 de 2016 y en la Sentencia C 467 de 2016 de la Corte Constitucional (Corte Constitucional Colombia, 2016); pero, más aun, parece paradójico que el Estado gendarme neoliberal mientras más predica lo estrecho de sus competencias, más tenga que invertir en salvar vidas afectadas por catástrofes civiles, ambientales, bancarias o naturales; pero, sobre todo, por tratar de garantizar ese oxímoron conceptual del “pleno empleo”. Poco a poco, retornamos a la concepción donde el ser ciudadano romano le otorgaba al individuo que comprendiera el latín hablado y escrito el derecho a ser defendido por el Estado y mantenido por el Imperio (Roldán, 1980). Para citar a uno de los más ilustres colombianos que estuvieron inscritos en nuestra Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, luego de contar el mal de la enfermedad del olvido “[e]s como si el tiempo diera vueltas en redondo y hubiéramos vuelto al principio” (García Márquez, 2007, p. 387).

Esos códigos civiles decimonónicos están pidiendo a gritos, sin lugar a dudas, ser modificados, pero no para unificar legislaciones o copiar sistemas de la mitad del siglo pasado, sino para comprender que, como marco regulatorio de la configuración autónoma de la vida del sujeto, deben modificar su papel sustancialmente: la felicidad comprendida como la compenetración del sujeto con su entorno, con sus semejantes, la supervivencia del otro y la consolidación de una comunidad

son valores que se pierden de manera circunspecta en un dejo de comunidad cada vez más individualista, digitalizada, minimalista y trashumante, pero que, a pesar de todo, necesita poder seguir alimentándose, estando sana, aprendiendo a cada instante y que, sobre todo, necesita supervivir y medrar hacia el momento del futuro más deseado desde siempre; la conquista ya no de los continentes ni de los planetas, sino del vasto universo conocido. ¡Que la ciencia, las universidades y, ojalá y sobre todo, el derecho justo, del que ya hablaron Solón y los griegos, nos acompañen!

¡*Sapere aude*! Tengan el valor de servirse de su propia razón: juzguen su entorno, hagan del derecho algo útil, ¡pero que avance al paso y el ritmo de la humanidad!

Referencias

- Attali, J. (2010). *El hombre nómada*. Bogotá: Luna Libros.
- Banco Mundial. (2017). *Crecimiento del PIB % anual*. Recuperado de <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>
- Banco Mundial-Datos. (2011). *Brecha de pobreza a \$1,90 por día (2011 PPA) (%)*. Recuperado de <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GAPS>
- Banco Mundial-Datos. (2016). *Desempleo, total (% de la población activa total) (estimación modelado OIT)*. Recuperado de <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS>
- BBC de Londres. (2017). *Cómo Silicon Valley planea reinventar la forma en que vivimos las ciudades*. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-42287221>
- Braun, M. (2015). *BlackRock: El poder secreto*. Artículo de la Deutsche Welle publicado el 17 de agosto de 2015. Recuperado de <https://p.dw.com/p/1GGng>
- Cevallos, M. (2017). Las tentaciones de editar nuestro genoma. ¿Cómo ves? Revista de divulgación científica de la UNAM. Recuperado de <http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/200/las-tentaciones-de-editar-nuestro-genoma>
- Comisión del Centenario de la Revolución Socialista de Octubre. (2017). *La primera Constitución socialista de la historia: contexto y texto*. Recuperado de <https://octubre1917.net/2016/12/23/constitucion-rsfsr-1918/>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2014). *Panorama Social para América Latina*. Naciones Unidas, informe CEPAL. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37626/S1420729_es.pdf?sequence=6
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-467 de 2016*. Expediente D-11189. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá.
- Euben, P. (1997). *Corrupting youth: Political education, democratic culture, and political theory*. Princeton: Princeton University Press.
- García Márquez, G. (2007). *Cien años de soledad*. Madrid: RAE.
- Harari, Y. (2011). *De animales a dioses*. Madrid, España: Editorial Harper.
- Internet World Stats. (2017). *Internet usage statics in the world*. Recuperado de <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>
- Judt, T. (2012). *Pensar el Siglo XX*. Madrid: Editorial Taurus.
- Juvenal. (1996). *Sátira X. Sátiras*. Madrid, España: Gredos.
- Kant, I. (2013). *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía*. Madrid, España: Alianza Editorial.

• *Sapere aude*: rastros y perspectivas de la legislación civil y de la autonomía privada... •

- La Nación*. (2013). La larga decadencia de Detroit: del símbolo del poder industrial a ciudad en ruinas. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1602727>
- Marx, K. (2012). *El Capital*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica.
- Méda, D. (2007). ¿Qué sabemos de trabajo? *Revista de Trabajo*, 4. Recuperado de http://trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2007n04_revistaDeTrabajo/2007n04_a01_dM%C3%A9da.pdf
- NASA. (2012). *NASA Finds 2011 Ninth-Warmest Year on Record*. Recuperado de <https://www.nasa.gov/topics/earth/features/2011-temps.html>
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades*. Madrid, España: Paidós Ibérica
- ONU. (1992). *Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo*. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- ONU. (1998). *Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático*. Recuperado de <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- ONU. (2000). *Protocolo de Montreal*. Recuperado de http://www.mma.gob.cl/1304/articles-49410_Protocolo_Montreal.pdf
- ONU. (2015). *Acuerdo de París, Convenio Marco sobre el Cambio Climático*. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2011). *Tenencia de la tierra e inversión extranjera en agricultura*. Recuperado de <http://www.fao.org/3/a-mb766s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2017). *How close are we to #ZeroHunger? The state of food, security and nutrition in the world*. Recuperado de <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/en/>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2015). *Informe 2015 del PCM sobre el acceso a agua potable y saneamiento: datos esenciales*. Recuperado de http://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/jmp-2015-key-facts/es/
- Piketty, Th. (2014). *El Capital en el siglo XXI*. México D.F. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rabasa, O. E. (1996). El puente: 1857-1917. En: *El pensamiento político y social del constituyente 1916-1917* (pp. 21-29). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Roldan, J. M. (1980). *Contraste político, finanzas públicas y medidas sociales la lex frumentaria de Cayo Sempronio Graco*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46005.pdf>
- Rürup, R. (1992). *Génesis y fundamentos de la constitución de Weimar. Ayer*, 5, 1992. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/41324131?seq=1#page_thumbnails_tab_contents
- Sartori, G. (1997). *Homo videns*. Madrid: Editorial Taurus.

Villar Borda, L. (2007). *Estado de Derecho y Estado Social de Derecho*. Recuperado de <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705/667>

Wheen, F. (2012). *Prólogo. Karl Marx*. Barcelona: Editorial Debate.

EL *PACTUM DE CONTRAHENDO*: POSIBILIDADES DE UNA UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA, SOBRE LA BASE DE UNA COMPARACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS ALEMÁN Y FRANCÉS*

José Guillermo Castro Ayala**

Resumen

La unificación del derecho privado es un propósito que previsiblemente se desarrollará. Un punto álgido tiene que ver con la forma de abstracción que protege al tráfico. Tres sistemas de transferencia se contraponen: los brocárdicos

* Esta es la traducción de la introducción y el primer capítulo de la tesis doctoral del autor, presentada en diciembre de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Konstanz, en la República Federal de Alemania, y la cual obtuvo la nota de *Magna Cum Laude* y fue publicada por la editorial Hartung-Gorre Verlag, de Konstanz. La traducción y toda la ubicación conceptual en castellano fueron realizadas junto con la profesora Nattaly Calonje Londoño, coinvestigadora del Grupo GEPPi, perteneciente al Cisjuc de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. El proceso de traducción de esta primera parte y la ubicación no solo terminológica, sino conceptual, fueron fruto de un arduo trabajo al que se dio prioridad en el grupo a lo largo de los últimos tres años. Actualizaciones específicas fueron tenidas en cuenta hasta 2013.

** Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (LI.M) y Doktor Iuris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de Obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

principios del *res perit dominus*, *casus sentit dominus* que componen la teoría del riesgo romanista; el sistema consensualista francés; y el principio de abstracción alemán. Se le adjudica al sistema francés una “*decisión de último minuto*” que desvirtuó el sistema justiniano. El otorgamiento de ciertas funcionalidades de abstracción al precontrato, convierten al instituto en un foco de discusión. Evidenciar su naturaleza en la discusión descrita se transforma en un punto de investigación relevante. Este capítulo conceptualiza el precontrato y la promesa de contrato como institutos dignos de comparación, delimita la figura y evidencia su funcionalidad en dos ordenamientos decisivos: Francia y Alemania.

Palabras clave: precontrato, transferencia de la propiedad, abstracción, separación, negocio jurídico, obligatorio, dispositivo, *res perit dominus*, *casus sentit dominus*.

Abstract

The unification of private law is an objective that will foreseeably develop in the future. A critical point deals with the form of abstraction that protects traffic. Three systems of transfer are contrasted here: the brocards of *res perit domino*, *casus sentit dominus* that compose the Romanist theory of risk; the French consensual system; and the German principle of abstraction. The French system is given a “*last minute decision*” that distorted the Justinian system. Due to granting certain functions of abstraction to pre-contract, this legal institution becomes a focus of discussion. Seeking to evidence its nature in said discussion constitutes a relevant research point. This chapter conceptualizes pre-contract and the promise of contract as institutions worthy of comparison, delimits the legal figure, and demonstrates its functionality in two decisive orders: France and Germany.

Keywords: pre-contract, transfer of ownership, abstraction, separation, legal business, mandatory, device, *res perit domino*, *casus sentit dominus*.

Introducción

Este acápite corresponde a la traducción del primer capítulo de la tesis doctoral del autor Guillermo Castro, que versó sobre el precontrato como problema legislativo y de instrumento de protección a través de la abstracción negocial en un eventual y futuro Código Civil Europeo. La traducción de los dos siguientes

capítulos de la tesis, aparecerá en próximas entregas de la colección *Novum Ius*. Una versión completa de la traducción de la tesis como libro es un proyecto de publicación adicional. La tesis fue publicada de manera honorífica en alemán en la República Federal de Alemania.

Sin lugar a dudas, en los próximos años la Unión Europea no expedirá (no promulgará) un código civil europeo. Sin embargo, es posible que, en el curso de este siglo, se expida un código europeo de contratos; o, por lo menos, se expedirá un código de derecho de obligaciones completo, inmediatamente aplicable y uniforme (Bar, Clive & Schulte-Nölke, 2009; Lando y Beale, 1995, p. 567; Remien, 2003, p. 77; Kilian, 2008, p. 367).¹ En este sentido, se hará énfasis en la importancia de la armonización del derecho de obligaciones (Grundmann, 2000, pp. 39 y ss.). De acuerdo con diversas opiniones doctrinales (Lurger, 2002, p. 142), el derecho contractual y el derecho de obligaciones son las principales áreas donde se puede trabajar sobre una armonización (Geiben, 2007, p. 27).² Un mercado económico funcional ideal requiere reglas comunes, que ofrezcan a los ciudadanos seguridad jurídica y eficiencia.³

El ordenamiento jurídico privado debe regular especialmente las relaciones de intercambio y posibilitar las decisiones ejecutadas en un periodo más corto. Las normas de derecho privado, así como su interpretación y su resultado, deben ser predecibles (calculables) para los juristas. Un derecho interno armonizado (derecho civil, penal o tributario —fiscal—) y el monopolio de poder estatal, ciertamente, logran en la economía interna una seguridad en las transacciones, pero, a pesar de que el tráfico de bienes permite acuerdos económicos —y, en particular, el mercado interno crea condiciones atractivas para las empresas—, el derecho de contratos es incierto e inseguro en el comercio transfronterizo. Por lo tanto, es necesario unificar el derecho contractual europeo tan pronto como sea posible. Se debería probar la equiparación jurídica como necesaria: ese sería el momento ideal para investigar si se prueba la verdadera funcionalidad del derecho

¹ Sobre este tema, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión han preguntado en varias ocasiones.

² Una de las principales razones para la unificación en estas áreas es el gran desarrollo del mercado interior europeo común, que se debe lograr mediante una mayor cooperación jurídica y una mayor armonización legal.

³ Lando ha hablado, incluso, de un "Código de Comercio Global", que encontraría aplicación en los contratos internacionales. El Código Civil Europeo podría aplicarse a los contratos celebrados en Europa (Lando, 2004, p. 162).

de contratos del ordenamiento jurídico general (por ejemplo, las convenciones, el derecho internacional privado (DIP) o los acuerdos privados) en el tráfico libre de mercancías y con las condiciones del comerciante.

En su contenido y en su forma, un contrato no solo debe consistir en un mero intercambio de declaraciones que deben llegar a la otra parte, sino que la conclusión del contrato debe existir desde el inicio, en virtud del principio de la confianza, pues cualquier acuerdo sobre las declaraciones requiere confianza en la validez de lo declarado y en el comportamiento la otra parte.

El proceso de comunicación se dirige a un entendimiento común la declaración solo se convierte, en definitiva, cuando el consenso buscado se ha logrado. La función protectora del derecho contractual también se basa en la confianza en las sucesivas declaraciones del contratante (UE, Principles of European Contract Law, 2002, art. 2:102).⁴ Estos resultados de la doctrina adquieren particular importancia en el contexto de las relaciones jurídicas internacionales (Jansen & Zimmermann, 2010, p. 248).

Pero incluso después de que el proceso de negociación es exitoso, el contrato no necesariamente (no obligatoriamente) se concluye. Por tanto, es necesario no solo para las relaciones de los negocios jurídicos nacionales, sino, también, en la conclusión de los contratos transfronterizos complejos —cada vez más, a través de una fase preparatoria—, proveer la seguridad jurídica y un entendimiento común entre las partes (Stephan, 1999, p. 99). Esta fase consiste, a menudo, en algunos acuerdos preliminares, destinados a facilitar la negociación de las partes.

La primera codificación nacional importante del siglo XIX, el Código Civil Francés, de 1804, fue la fuente más importante de muchas legislaciones posteriores. El Código Civil Alemán, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de 1900,⁵ estableció, por su parte, y debido a su estructura sistemática y a su claridad, un punto de referencia para muchos científicos del derecho especializados en derecho privado (Wieacker, 1967, p. 468; Bucher, 2004, pp. 515 y ss.). Estas obras legislativas contienen las dos variantes principales de la teoría de la formación de un contrato. Un primer vistazo a los ordenamientos jurídicos de Alemania y de Francia revela dos direcciones diferentes respecto a la obligatoriedad jurídica

⁴ Autores franceses hablan de “periodo de reflexión” (Malaurie, Aynes & Gautier, 2009, pp. 57-59).

⁵ Entre los esfuerzos interesantes para construir un BGB en Alemania, ver Wieacker (1967, p. 468 y ss.)

de las declaraciones hechas por las partes en la conclusión del contrato. Si bien se puede suponer que el sistema de “oferta y aceptación” en el futuro jurídico de Europa será dominante (Henrich, 1999, p. 218; Bernstorff, 1998, p. 53), el precontrato es en el ámbito europeo un tema recurrente de discusión (Study group on a European civil code & Acquis Group, Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, II- 9: 102; Schulte-Nölke, 2003, p. 96; Catala, 2005, p. 18).

Es cuestionable si la obligatoriedad y la seguridad jurídica solo tienen que ver con la legislación sistematizada, o si no son, a veces, un problema de costumbre jurídica. ¿Por qué las personas concluyen hoy día en Europa una promesa de contrato de compraventa para una propiedad (inmueble) o un precontrato en un negocio comercial? ¿Francia y los países europeos con una cultura jurídica francesa asumirán la provisión de las instituciones jurídicas lógicas simplemente así, sin que tengan que ver con la práctica notarial ni con las costumbres jurídicas antiguas de la *Coutume* o de la jurisprudencia cautelar de estos países? (Ranieri, 2005, p. 122).

El concepto jurídico del precontrato es un ejemplo de las formas nacionales divergentes de la formación del contrato. ¿Qué valor ocuparían el contrato de promesa o el precontrato en la promulgación de un Código Civil Europeo uniforme? Con el fin de encontrar una respuesta, es necesario analizar los dos sistemas legales nombrados, con su respectiva práctica jurídica y judicial, así como los proyectos y los grupos que trabajan sobre un Código Civil Europeo.

El presente trabajo considera para este propósito las concepciones de los dos países europeos que tuvieron un papel en el nuevo desarrollo histórico del precontrato. Alemania es representativa del sistema jurídico alemán, y el ejemplo francés, del derecho de familia romana continental, ya que estos dos países han seguido los desarrollos jurisprudenciales más importantes del precontrato desde el primer movimiento de codificación.

En lo que sigue, por lo tanto, en primer lugar, se discutirán las diferentes configuraciones del instituto del precontrato, o sus correspondientes manifestaciones, en las respectivas legislaciones nacionales. La comparación jurídica se lleva a cabo con miras a una eventual unificación de las normas, los conceptos y las aplicaciones del precontrato.

El derecho de familia, el derecho procesal, el derecho probatorio y, en particular, la ley de protección de los consumidores son excluidos del presente estudio.

Definición de precontrato: concepto, naturaleza jurídica y fundamentos

Para permitir un análisis detallado del precontrato (*pactum de contrahendo*), inicialmente se debe presentar, en un capítulo introductorio, el concepto de precontrato —sus fundamentos, su historia, sus funciones— y, sobre esto, orientar la delimitación adyacente, para distinguirlo de otras instituciones jurídicas.

Como es común en las instituciones de la jurisprudencia cautelar, no hay en Alemania ni en Francia una definición legal del precontrato.⁶ Tal vez, esto se puede explicar, en parte, por el sinnúmero de diferentes enfoques de la definición de precontrato. Por lo tanto, se limita el campo de significados del precontrato no solo a una conceptualización por vía jurisprudencial, que, sin embargo, se puede ver, en cualquier caso, como punto de partida. Más bien, será incluido en el creciente debate de la doctrina. La determinación y la determinabilidad de su contenido, así como los aspectos que están unidos al contrato principal —en particular, su admisibilidad— en Alemania son, por tanto, cuestiones importantes. Otro tema complejo en el derecho francés es la interpretación del precontrato como sinónimo del contrato de promesa de contraventa.

Con el fin de mantener la coherencia en la exposición, se presentará primero una visión general sobre el concepto del precontrato, a través de la doctrina y la jurisprudencia. Después se analizará este concepto de manera extensa e histórica. Por último, se hará una comparación con otras instituciones, que desde siempre han formado los instrumentos de la jurisprudencia cautelar del precontrato. En el curso de la investigación, se llevará a cabo el análisis comparativo correspondiente, tras un breve resumen de la situación en los dos países. Después de cada sección correspondiente se hará una breve evaluación en relación con el objetivo del trabajo.

Parte I: Alemania

El precontrato se entiende, generalmente, como un acuerdo contractual irrevocable, por virtud del cual, en el futuro, se deberá concluir un contrato de intercambio, o contrato principal (Tribunal Supremo Federal Alemán, 1987;

⁶ El artículo 1589 del Código Civil francés es hoy día una muy estrecha circunstancia, y solo describe: "*La Promesse de vente vaut vente*". Pero la promesa de contrato solo se aplica a una sola especie (la promesa contractual) de toda la compleja teoría francesa del precontrato.

Köhler, 1979, p. 465). Se trata de un “negocio jurídico bilateral”, por el que —se habla, por lo general, de contrato de opción— una o ambas partes del contrato se obligan a concluir el contrato principal.⁷ Así, el precontrato adquiere importancia, en la práctica, cuando para la conclusión del contrato principal se presentan, en contra, obstáculos legales o de hecho y las partes quieren formar, entonces, un vínculo previo (Tribunal Supremo Federal Alemán, 1973; Kramer, 2001, ap. 51 y ss.; Henrich, 1965, p. 115). El precontrato es, entonces, un contrato jurídico obligacional, por el que las partes contratantes se obligan a celebrar o concluir el contrato principal (Tribunal Supremo Federal Alemán, 1986; Fikentscher y Heinemann, 2006, pp. 80 y ss.; Flume, 1992, p. 613; Von Hase, 1999, p. 22). Entonces, las partes se obligan contractualmente a que, en una fecha posterior, bajo determinadas condiciones, celebrarán el contrato principal (Kramer, 2001, ap. 50 y ss.).

El contrato principal pretendido debe ser, necesariamente, un contrato de obligaciones y no solo la ejecución real del primer contrato.⁸ Por consiguiente, ningún precontrato es el negocio obligacional de una disposición (Tribunal Superior Regional de Karlsruhe, 1994). La prestación del precontrato, o bien, su contraprestación, es la celebración del contrato principal, por lo que el contenido del contrato principal debe, por lo menos, ser determinable (Blomeyer, 1948, p. 269).

Como contrato principal, se pueden considerar no solo simples contratos de obligaciones o de intercambio: también son posibles los contratos preliminares de los contratos con contenido jurídico organizativo, como son conocidos en el derecho de sociedades y en el derecho corporativo.⁹

⁷ En la doctrina se habla también de precontrato sinalagmático (que debe ser concluido entre ambas partes del contrato del contrato principal) y de contrato unilateral (en la que el contrato principal, solo por una parte del precontrato, debe ser concluido con un tercero). Véanse Bucher (1979, p. 170) y Flume (1992, p. 614).

⁸ Por ejemplo, la transferencia de propiedad, solicitud de embargo o cesión. Existen contratos de obligaciones, que obligan a dichos negocios de disposición, que tienen carácter de negocios jurídicos (incluso, de contratos), pero que no son jurídicamente obligatorios (no se comprometen a una prestación, sino que son, más bien, la ejecución de un contrato jurídicamente obligatorio) (Bucher, 1979, p. 170).

⁹ Por ejemplo, Sternberg (1999, p. 6 ss.); Stüber (1973, p. 55 ss.). Sobre la compra de empresa como prestación de la formación jurídica, ver también Hommelhoff (1986, p. 258) y Wenner (1966, p. 669).

El precontrato no se considera un nuevo uso en la doctrina fundamental de las obligaciones de acuerdo con determinadas necesidades de las partes.¹⁰ Por tanto, se supone que las leyes generales del derecho de obligaciones se pueden aplicar al precontrato (Herzog, 1999, pp 3 y ss.).

Dogmáticamente, el precontrato está entre los dos polos opuestos: negociaciones preliminares no vinculantes, por un lado y el contrato principal, por otro (Ritzinger, 1990, p. 1201). También será considerado similar a un secuestro (embargo) y también, instrumento de seguridad (Brüggemann, 1968, p. 203). Específicamente, el precontrato puede situarse entre muchas otras declaraciones de voluntad jurídicamente vinculantes: por ejemplo, oferta, oferta sólida, carta de intención o prerrogativa, que se pueden realizar u ocurrir desde del inicio de las negociaciones preliminares entre cualquiera de las partes del contrato hasta la conclusión definitiva de este.¹¹

Parte 2: Francia

“La promesa de venta es válida como una venta, si ambas partes, están de acuerdo en la cosa y el precio” (Código Civil Francés, 1804, art. 1589).

A. Definición

En el derecho francés, la conclusión del contrato principal puede preceder de diversas formas de *avant-contrat*¹² (precontrato) (Terré, Simler & Lequette, 2005, pp. 192 y ss.). El término *avant-contrat*, lastimosamente, ha causado controversias doctrinales complejas acerca de la terminología. Se puede asumir que cada autor que aborda el tema al inicio especifica exactamente sobre lo que estaba hablando cuando utilizó el término *avant-contrat*. Incluso, en los artículos más recientes sobre el precontrato esto se ha aplicado así (Deshayes, 2008, pp. 7-9; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, pp. 107-108). En general, se entiende por *avant-contrat* un contrato cuya prestación principal es la creación de un contrato

¹⁰ Desde los posglosadores, el llamado *pactum de contrahendo* es un concepto conocido. Sobre esto, ver Wabnitz (1962, pp. 6 ss.).

¹¹ Por ejemplo, von Hase (1999, pp. 24-40).

¹² La expresión *avant-contrat* (precontrato) hoy día se encuentra a menudo en la literatura, pero también hay otras expresiones francesas, tales como *pourparlers* (preliminares), que desempeñan un papel en las relaciones jurídicas internacionales. Ver Henrich (1965, pp. 20 ss.).

(principal) (Terré et al., 2005, pp. 192 y ss.). El precontrato requiere el acuerdo sobre los puntos esenciales del contrato principal; las lagunas deben ser llenadas por el juez (Mignot, 2008, pp. 4-5).

Por otra parte, en la actualidad se puede hacer referencia al *avant-contrat* tanto en un sentido general como en un sentido particular.¹³

1. *El avant-contrat en un sentido general*

Boulanger ha criticado cómo el término *avant-contrat* es lamentablemente “vago”, debido a que intenta incluir cada acuerdo (*tout accord conclu*), mientras que las negociaciones preliminares (*pourparlers*) se completan, incluso, con las negociaciones preliminares *per se*.¹⁴ Otros autores han intensificado estas críticas, en las que los acuerdos preliminares (*accords préliminaires*) —por ejemplo, la nota de cobertura de un contrato de seguro, una oferta de contrato o una “llamada” carta de intención—, así como contratos independientes (*véritables contrats autonomes*) —por ejemplo, la promesa de contrato o una opción—, fueron asignados al ya amplio concepto del *avant-contrat* (Carbonier, 1995, p. 77; Malaurie, Aynès & Stoffel-Munk, 2009, p. 226). Algunos otros autores han defendido o pronunciado la idea de la “promesa de contrato” (*promesse de contrat*) como sustituto para el término *avant-contrat* (Geninet, 195, p. 108). Esto no tiene en la aplicación una claridad verdadera. Además, es necesario diferenciar entre la *promesse unilatérale de contrat* y la *promesse synallagmatique* o la *promesse de contrat solennel*.

Existen muchas otras expresiones que también se han utilizado como sinónimos del *avant-contrat*, como, por ejemplo, *accord préliminaire* o *contrat préliminaire*. En la doctrina, se delimita, incluso, el *avant-contrat autonome* del simple *avant-contrat* mediante características de vez en cuando arbitrarias.

Para evitar todas estas antiguas confusiones, la doctrina contemporánea intenta delimitar el análisis del periodo precontractual, por ejemplo, con *déontologie de la négociation* o *processus de la formation des contrats* (Grimaldi, 2007, p. 463). Con estas designaciones o denominaciones deben incluirse no solo las más nuevas formas del precontrato, sino, también, su justificación, la teoría de la

¹³ Sobre los diferentes conceptos del precontrato, ver también Geninet (195, pp. 112 ss).

¹⁴ Planiol, Ripert y Boulanger, 1964, t. 2, p. 37.

culpa *in contrahendo* (o el desarrollo francés de la *responsabilité précontractuelle*), así como la formalidad de las negociaciones preliminares o el *formalisme de la négociation* (Schmidt, 1974, p. 49).¹⁵

El problema ahora es que en estos mismos términos de doctrina jurídica, como contrato de promesa o precontrato, o los nuevos conceptos ya nombrados, se tratan todavía como sinónimos. Incluso, los significados de las promesas contractuales y los precontratos son a menudo equiparados entre ellos.¹⁶ Existe la suposición de que la adhesión a estos conceptos es una indicación de que las promesas de contrato y los *avant-contrat* antes se referían a la misma circunstancia (Collart-dutilleul, 1988, pp. 288 ss.).

En resumen, y por lo tanto, el término *avant-contrat* se refiere, en general, no solo a todo el periodo precontractual, sino, también, a cualquier acuerdo o declaración de voluntad que las partes expresaron como jurídicamente vinculante o no vinculante (Mousseron, et al. 2001, p. 27).

Este concepto no es útil para el presente trabajo, debido a su amplia definición. No obstante, es necesario describir a continuación cómo la terminología del precontrato es tratada en el derecho francés, con el fin de abarcar mejor esta problemática.

2. Importancia de los acuerdos precontractuales en el derecho francés

En el derecho francés, la oferta para la conclusión de un contrato sin sanciones o consecuencias legales adversas para el declarante es libremente revocable.¹⁷ El compromiso de la declaración de voluntad, en el derecho francés, solo puede derivarse del contrato (Ferid, 1994, p. 68). Mientras que en la teoría del negocio jurídico alemana, cada declaración de voluntad independiente está provista de suficiente fuerza vinculante, el sistema jurídico francés otorga fuerza obligatoria solo a las declaraciones que pueden entenderse como contratos.¹⁸ Desde el punto de vista francés, la celebración del contrato no se basa en la fuerza vinculante de

¹⁵ Se habla también de una "famille nombreuse et diverse". Malaurie et al. (2009, p. 61).

¹⁶ Esta es una generalización de la norma, que el art. 1589 C. incluye. Ver sobre esto, Terré et al. (2005, p. 192).

¹⁷ Civ. 3 febrero 1919, DP 1923, 1, p. 126: "una oferta insuficiente para obligar por ella misma a su autor puede en general ser susceptible de retractación en cuanto no haya sido válidamente aceptada".

¹⁸ La promesa de contrato unilateral y sinalagmática con contratos reales (Terré et al., 2005, pp. 194-197 ss.).

una declaración unilateral de voluntad (por ejemplo, oferta y aceptación), sino en el contrato mismo (fuerza vinculante solo tienen las promesas de contrato unilaterales o bilaterales, los contratos de opción o los contratos de preferencia).¹⁹ Los acuerdos precontractuales (precontratos) tienen, por esta razón, una gran importancia.

D. Mazeaud expresa tal idea de la siguiente manera: “Al final el contrato será conocido, en la versión francesa, como la idea de *parole donnée par le débiteur* [la palabra dada por el deudor], en virtud de un acuerdo contractual o promesa contractual, mientras que el contrato en la versión europea, será dominado por la idea *promesse reçue par le créancier* [la promesa recibida por el acreedor]” (2005, p. 16).

En este sentido, el precontrato es, todavía hoy una institución significativa, no solo para la jurisprudencia cautelar francesa, sino, también, para la teoría general del contrato francesa, la jurisprudencia²⁰ y la doctrina.

Cabe señalar aquí, una vez más, que la celebración del contrato en el derecho francés está en el plano del contrato mismo. Una promesa de contrato ya dada y aceptada permite la celebración de contrato (principal) en el derecho francés. Por el contrario, la solicitud de un contrato podrá ser revocada en cualquier momento por el declarante, sin ningún tipo de penalización o sin efectos negativos. Para hacer una comparación, es importante recordar que en la legislación alemana la oferta después de su ingreso, su conocimiento y su aceptación es irrevocable (véase § 145 y ss. del Código Civil Alemán [BGB] *Ausfertigungsdatum*: 18.08.1896).

B. El proceso de negociación

Dentro del marco de la celebración del contrato, la doctrina francesa actual trata de explicar, mediante una generalización del concepto, que “siguiendo una concepción tradicional del derecho de las obligaciones del contrato, un *acto de libertad es*” el que permite al individuo regular su propio interés patrimonial.

¹⁹ “(L)e contrat résulte d'un accord de volontés et non d'une volonté unilatérale”. (Ghestin, 2002, p. 3; Dettmeier, 1999, p. 1).

²⁰ Una decisión significativa de los últimos tiempos es la Cour de cassation chambre civile 3. Audience publique du mercredi 17 janvier 2007. N° de pourvoi: 06-10442. Publié au bulletin Cassation Deshayes (2008, p. 7).

Aunque el derecho francés se basa en la libertad contractual y el *Consensualisme* (consensualismo), y los contratos se pueden completar (*conclure*) en la vida cotidiana sin un proceso engorroso o complicado, en la doctrina, en la actualidad, se considera algo extraordinario y excepcional que la celebración del contrato principal y definitivo todavía esté unida al buen curso de las negociaciones preliminares entre las partes precontractuales (Schmidt, 1982, pp. 132 ss.).

El *procédure de négociation* (procedimiento de negociación) puede entenderse, hasta cierto punto, como un *protocolo* que las partes pueden utilizar para poder celebrar un contrato definitivo. Dicho protocolo determina en qué orden, en cuál proceso, a quién o qué se dispondrá. Este proceso también puede prescribir ciertas formalidades (Mousseron, et al., 2001, pp. 107-108).

Se han llevado a cabo por la doctrina muchas clasificaciones de estos procedimientos; de ellos, solo se ha mencionado el más útil.²¹ El proceso de negociación se puede derivar de la ley o del contrato. En este último también se encuentran, entre otros, los acuerdos precontractuales.²²

1. Las que de la ley del proceso de negociación se derivan: oferta y aceptación

El legislador francés ha prescrito con frecuencia que el proceso de negociación contractual tiene todavía un significado importante. En efecto, la opinión predominante se inclina, en los debates actuales, por la justificación y la aplicación del precontrato como principio de la autonomía privada, pero existen, en realidad, prescripciones legales, a través de las que un determinado tipo de precontrato —a saber, el *promesse du contrat*— será regulado.²³

Según la doctrina francesa actual, el precontrato más conocido y más importante que puede ser considerado un proceso de negociación regulado legalmente es el llamado *promesse de vente* (promesa de contrato de compraventa). Sin embargo, es claro que tal tipo de precontrato no debe obligar a su celebración.

El contrato de promesa de compraventa fue establecido en el art. 1589 C. Civ. Históricamente, casi toda opinión francesa entre los siglos 19 y 20 se refiere a la admisibilidad, al estado de las cosas y a las consecuencias jurídicas de un

²¹ Ver por ejemplo: Brasseur (2002, p. 605).

²² Por ejemplo, Geninet (1985, pp. 107 ss.-184) y Mousseron et al., (2001, p. 108).

²³ El principio del artículo 1589 del Código Civil Francés.

precontrato (Henrich, 1965, p. 20). Esto se debe, principalmente, al principio de consenso. Dentro de este marco, la promesa de contrato de compraventa sería el primer paso de un negocio jurídico separado del contrato de compraventa, donde la eficacia de la transmisión de la propiedad se mueve por la promesa. Con la realización del contrato principal de compraventa prometido, se producen los efectos jurídicos pertinentes. En una estructura sistemática de la legislación del contrato y del derecho de los bienes, la eficacia de la transmisión de la propiedad del contrato de compraventa, sin embargo, no debe derivarse de un precontrato.

La *promesse de vente* (promesa de contrato de compraventa) es asimilada al contrato principal de compra en el Código Civil (Código Civil Francés, 1804, art. 1589). Las partes contratantes han convenido la *essentialia negotii* (*aspectos esenciales del negocio*) del contrato principal (es decir, la cosa y el precio), de modo que las lagunas deben ser llenada por las partes o por el juez. Debido a que en el derecho francés la oferta no es vinculante, a los contratos de compraventa complejos los precede, a menudo, una promesa de contrato.

Esta promesa de contrato de compraventa también fue denominada en el art. 261-15 C. Constr. hab., como *contrat préliminaire*. En la práctica, encuentra también aplicación en el derecho inmobiliario, como *contrat de réservation*. Por lo tanto, el vendedor se compromete a reservar la mercancía al comprador, quien deposita un pago en una cuenta especial. El *contrat de réservation* debe ser por escrito. Tras la interpretación de las partes y de los tribunales, este contrato puede considerarse un contrato de compraventa definitivo; es decir, un *promesse de vente* unilateral (Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 june 1977).

Se puede observar que el artículo 1589 es el caso legislativo más importante del precontrato en todo el sistema legal romano.²⁴ Al menos, esta disposición sirve de modelo para cada propósito de codificación de la legislación civil occidental de finales del siglo XIX. Muchas legislaciones la han adoptado y desarrollado en sus respectivas jurisdicciones.²⁵

²⁴ Harke nombra, entre otros ordenamientos jurídicos, a España, Italia, Portugal y Brasil, promesas de compra y modo de transferencia (Harke, 2008, pp. 328 ss). Sobre la divulgación de los principios del artículo 1589 C.C. fuera de Francia, ver también Wabnitz (1962, p. 145).

²⁵ Entre las disposiciones, que se refieren a la figura jurídica del precontrato, pueden ser nombradas las siguientes: art. 22 del OR, que ha sido la norma más importante que se ha introducido sobre el precontrato en el sistema jurídico alemán. Por ejemplo, Herzog (1999, p. 4. § 936) del ABGB Austriaco, artículo que ha tenido

Aunque la oferta y la aceptación también son considerados procedimientos legales y se adoptaron en el derecho francés, no hay un reconocimiento jurídico real de dichas instituciones. Se trata de una institución, que es “jurisprudentielle et doctrinale, d'essence prétorienne ou normativo” (“jurisprudencial y doctrinal, de esencia pretoriana o normativa”) y, debido a la influencia del derecho alemán y anglosajón, se incorporó en la jurisprudencia francesa (Mousseron et al., 2001, p. 113; Mazeaud, 2005, pp. 13. ss.).

De acuerdo con la doctrina francesa actual, existen muchos procesos de negociación, que han sido prescritos por el legislador. Estos, sin embargo, serán mencionados solo en este punto.²⁶

2. El proceso de negociación contractual: Avant-contrat en el sentido estricto

Como parte del proceso de negociación contractual, el precontrato es el instrumento más importante para preparar una anticipación del contrato principal.

La doctrina francesa actual supone que el *avant-contrat* juega un papel especial dentro de las conversaciones preliminares para el contrato principal (Mousseron, et al., 2001, p. 249). Las eventuales partes contractuales deben regular, por sí mismas y de la mejor manera posible, su propio proceso precontractual.²⁷ Así, se habla de los *instruments contractuels de la négociation*, mediante los que cualquier tipo de precontrato no regulado legalmente debe ser analizado.²⁸

gran recepción en la doctrina alemana. El art. 1351 del código civil italiano y, finalmente, el artículo 1451 del código civil español han tenido la influencia significativa del derecho francés.

²⁶ Procesos de negociación, de cuyo análisis la doctrina ya se ha ocupado, y son, entre otros: 1) aplicaciones del proceso para formalizar el contrato. Por ejemplo, *Der code de la consommation* prescribe ciertas formalidades, como, por ejemplo: el reconocimiento de la marca del producto, la etiqueta adhesiva, etc., por el consumidor (L.111-1 C. del Consom.). 2) Las formalidades en Crédit   la consommation (art. L. 311-1 s. C. Consom). 3) Las formalidades del Crédit immobilier (art. L. 312-1 s.). 4) La sustitución de las condiciones negociales generales según el artículo L. 441-6 del *Code de commerce* o 5) la obligación de información del vendedor sobre el nombre comercial, la marca comercial de un producto o un símbolo del comercio correspondiente al art. L. 330-3 del Código de Comercio. Todos son también formalidades que se han interpretado como un proceso de negociaciones preliminares. Véase Mousseron et al. (2001 p. 114 ss). Ver también: Malaurie et al. (2009, pp. 225-226).

²⁷ Ideas similares ya se habían expresado en la doctrina alemana; por ejemplo: “el buen sentido del precontrato”, lo cual significa que las partes para el futuro se remiten a su propia autonomía privada y est n bajo una finalidad de conciliación, en vez de dejar que el juez o un tercero llenen los vacíos de sus contratos. Esta es una función preparatoria del precontrato (Z llner, 1983, p. 460).

²⁸ Consulta previa (*pourparlers*), die contrats d  tude, der contrat de porte-fort, die contrats assurants le rapprochement des parties; entre otros, comparar: Mousseron et al. (2001, pp. 249 ss).

Los *procédures contractuelles de négociation* generalmente pueden ser acordados por las partes, en previsión de un contrato importante. El contenido de dichos acuerdos pueden ser las obligaciones de negociación (confidencialidad, manejo de información, pagos), el periodo de negociación, la sede de las negociaciones, el precio final o la caducidad de las negociaciones preliminares (Mousseron, et al., 2001, S. 108). Con esta perspectiva, para la doctrina jurídica francesa el principio de *liberté contractuelle* (libertad de contrato) no solo incluye una libre organización de las negociaciones preliminares, sino que justifica, en cierta medida, la libre organización del *avant-contrat* por sí mismo.²⁹

En el derecho francés, los contratos preliminares juegan un papel muy importante, no solo porque permiten pasar por alto determinadas prohibiciones legales,³⁰ sino también, porque los *contrats préparatoires* representan una parte inevitable de la estructura legal del proceso de adquisición o de la realización del contrato principal (Dettmeier, 1999, S. 4). Estos contratos preliminares conducen, entre otros, a un contrato de *leasing* francés, den *bail assorti de promesse de vente*, die *contrats de concession ou de fournitures exclusives*, die *contrats de prospection, d'entretien des richesses du sous-sol*, den *contrat d'approvisionnement à long terme*, den *contrat de grands travaux, de vente d'ensembles industriels, de transfert de technologie* oder *de cession d'entreprises*.³¹

Con este trasfondo actual se puede limitar el precontrato. El precontrato, en el sentido estricto de la perspectiva jurídica francesa, es un instrumento que establece la obligación de celebrar un futuro contrato. Para citar el entendimiento francés del precontrato, “se trata de un contrato por el cual una persona promete a otra, celebrar un contrato principal en determinadas condiciones”.³² Este *avant-contrat* debe cumplir con todos los requisitos de todos los contratos del artículo

²⁹ Mousseron et al., (2001, p. 41); sobre la distribución geográfica de la aplicación de cada promesa contractual y las promesas contractuales sinalagmaticas en Francia, Ver también Mainguy (2005, pp. 2-3).

³⁰ Por ejemplo, la elusión de la prohibición, que está contenida en el art. 1130 C. Civ.

³¹ Sobre la mayoría de los procesos de negociación convencionales, ver Mousseron et al. (2001, p. 50 ss.); sobre la organización convencional de las negociaciones, ver también Terré et al. (2005, pp. 188 ss).

³² Este es un término de M. P. Fieschi Vivet, quien ha sido citado por Geninet. Por lo que el precontrato y la promesa son sinonimos. En francés: “C'est une convention par laquelle une personne promet à une autre personne de conclure à des conditions déterminées le contrat principal”. La palabra “convención” no es adecuada, debido a que el precontrato es un contrato obligacional según el art. 1101 del Código; véase, sobre esto, Geninet (1985, p. 115).

1108 del Código: *objet certain, capacité de contracter, consentement de la partie qui s'oblige y causa licite dans l'obligation* (tener la certeza de capacidad para contratar, el consentimiento de la parte que asume y una causa lícita en la obligación) (Geninet, 1985, p. 114). En el concepto *avant-contrat* caben, en tal sentido, tres instituciones diferentes: 1) la promesa de contrato unilateral, 2) la promesa de contrato sinalagmático y 3) el contrato preferente o privilegiado.

Conceptos fijos

1. La promesa unilateral de contrato³³

La promesa de un contrato unilateral, también llamada *contrat d'option* (Mousseron, 2001, p. 328) es un contrato en el que el *promettant* (promitente) promete al *bénéficiaire* (beneficiario de una promesa) concluir o celebrar un nuevo contrato, bajo condiciones y modalidades idénticas o unánimes. Es un requisito previo para la validez de esta *promesse* que el *bénéficiaire* acepte la declaración de la promesa.³⁴ Esto significa que el *bénéficiaire* tiene conocimiento de la declaración, pero, incluso, no tiene que prometer concluir el contrato final. Así, el *bénéficiaire* tiene, según la libertad contractual, un derecho de opción para otorgar su consentimiento o su rechazo. Al mismo tiempo, el *promettant* ya está obligado (Terré, 2005, p. 193). La promesa contractual para el promitente solo será vinculante si es aceptada como tal por el beneficiario de la promesa.

En principio, cualquier tipo de contrato principal puede ser precedido por una promesa de contrato unilateral. Las *promesses unilatérales de bail, de société, de prêt*, etc., también son manifestaciones posibles,³⁵ que no tienen nada que ver con el problema del consenso, sino que son más contratos preparatorios de otros contratos principales. En la práctica, la promesa contractual es más común en el derecho inmobiliario o de venta de bienes raíces (Terré et al, 2005, p. 193). La promesa de venta (*promesse unilatérale de vente*) es, en cierto modo, un modelo

³³ Blomeyer ha dado a entender que el principal ámbito de aplicación del precontrato, desde la Edad Media hasta las teorías de Pothier, ha oscilado entre las promesas de contrato bilaterales y las unilaterales (Blomeyer, 1948, p. 269 ss.).

³⁴ Las *Promesses unilatérales croisées* son importantes dentro del marco del ejercicio de la opción. Ver sobre eso, Malaurie et al. (2009, p. 230).

³⁵ La promesa de contrato se entiende básicamente como una proposición de crédito. Comparar con Terré et al. (2005, p. 193).

para cada negociación precontractual exigente: por ejemplo, para una *promesse unilaterale de bail* (promesa unilateral de ceder) difícil, para una promesa de contrato unilateral o para alquilar entre dos empresas.

2. La promesa (sinalagmática) de un contrato recíproco

En la promesa de contrato recíproco o mutuo (*promesse synallagmatique du contrat*) las dos partes se obligan, a diferencia de la promesa de contrato unilateral, a celebrar y concluir un contrato (Mousseron et al., 2001, p. 359; Geninet, 1985, p. 117). Se puede denominar la *promesse bilatérale ou synallagmatique de contrat* como un contrato, por medio del que las partes se obligan a celebrar el contrato principal. A diferencia de la promesa unilateral de contrato, se obligan ambas partes en promesas de contrato sobre prestaciones mutuas, que representan el objeto de la promesa. Cada una de las partes tendrá en cuenta las prestaciones y las contraprestaciones como equivalentes.³⁶ Así, el término *avant-contrat* coincide con el de precontrato alemán.³⁷

Una característica especial que se deriva del artículo 1589 del Código es que no se diferencia entre la promesa de cada parte y la declaración de voluntad necesaria de cada parte para formalizar el contrato principal. Esto significa que el promitente ya ha dado la oferta correspondiente; es decir, la aceptación de la “promesa de contrato”. Por tanto, no se distingue entre la obligación de concluir el futuro contrato principal y la declaración de voluntad del negocio jurídico, que lleva a la conclusión de dicho contrato. Esto es en analogía a otros tipos de contratos regulados, como arrendamiento o mandato, en el sentido real y general de tal disposición en el ordenamiento jurídico francés.³⁸ Las consecuencias de un contrato de venta son, sin embargo, diferenciables de la siguiente manera: si no se puede distinguir entre la obligación de celebrar un contrato principal y la declaración de voluntad, que lleva a la conclusión del contrato, la transmisión

³⁶ Cour de Cassation Francia. Bouletine des Arrêts. Chambers civiles. III. No. 39. 1992. p. 22. Cour de Cassation Francia. Bouletine des Arrêts. Chambers civiles. III. No. 449. 1982 p. 335.

³⁷ La obligación (conclusión del contrato principal) es igual, pero sobre la pregunta del contenido del precontrato en cada ordenamiento jurídico, ver Henrich (1965, p. 81).

³⁸ Existe, sin embargo, una opinión de la minoría, que diferencia entre la obligación de concluir un contrato y la conclusión del contrato como tal. Ver sobre esto, Dettmeier (1999, p. 123).

de la propiedad ocurre, para el derecho de bienes francés, incluso al final de la conclusión de la promesa.

3. *El pacto de preferencia*

Se trata de una institución, que corresponde al derecho alemán de preferencia (Henrich, 1965, p. 37). En consecuencia, se obliga el vendedor, en caso de que este se decida, a vender una cosa al autorizado al mismo precio que como si fuera un tercero y a darle prevalencia sobre otras partes interesadas (Mignot, 2008, 1-4). La única obligación del vendedor surge cuando quiere vender o intercambiar el artículo. En este caso, el autorizado por el derecho de preferencia puede hacer un reclamo válido (Geninet, 1985, p. 120).³⁹

La comprensión de la promesa contractual cambió mucho durante el siglo XX. Sin embargo, siempre se la consideró un contrato de carácter obligatorio. La *promesse* es un acuerdo por el que el promitente asume la obligación de suscribir otro contrato (contrato principal). Debido a que esta es la opinión que prevalece en la doctrina francesa, el término se utilizará en las siguientes versiones del presente trabajo.⁴⁰ Esto significa que cuando se habla de *avant-contrat* se hace referencia al término en el sentido francés; es decir, que una o ambas partes hacen una promesa de contrato, unilateral o sinalagmático, de concluir o celebrar un contrato principal. Esta comprensión del instituto no se debe confundir con la promesa de contrato de compraventa del artículo 1589 del C. Civ.⁴¹ Cualquier otro tipo de declaración de voluntad que pueda tener lugar durante las negociaciones preliminares o de las llamadas *pourparlers* (negociaciones), como, por ejemplo, una *invitatio ad offerendum* o una *letter of intent*, permanece excluido del concepto de *promesse*. Es decir, el originario “acuerdo preliminar en el sentido general” de la doctrina jurídica francesa, que se refiere a todo el periodo precontractual, no será abordado en el curso de la investigación más adelante.

Desde la aplicación análoga del párr. 1 del art. 1589, sobre otros tipos de contratos preliminares en Francia, será el discurso en el capítulo II.

³⁹ *L'échange* está regulado en el art. 1702 del Código. Como contrato conmutativo, la regla del contrato de compra encuentra aplicación correspondiente en el intercambio. Ver Mainguy (2008, p. 246 ss.).

⁴⁰ “Les promesses unilatérales et les promesses synallagmatiques de contrat méritent, seules, la dénomination d'avant-contrats” (Geninet, 1985, p. 114 ss.).

⁴¹ “Le code civil ne réglemente pas la promesse de contrat en général” (Terré et al., 2005, p. 193).

Fundamentos históricos y jurídicos

En este punto es necesario explicar con más detalle algunas anotaciones históricas sobre cada una de las instituciones definidas, con el fin de definir y describir las diferencias que pueden existir entre los dos ordenamientos jurídicos analizados.

Parte 1: Alemania

En Alemania no existe una definición legal de precontrato. Es decir, el precontrato no está regulado por el Código Civil. Tampoco hay norma alguna que mencione el precontrato.⁴² Las posibles razones de esto se han analizado con frecuencia y en detalle.⁴³ En efecto, esta institución siempre ha sido en Alemania, así como en todos los países del sistema jurídico alemán, un concepto jurídico controvertido, que ha causado gran confusión en la teoría; no obstante, la institución ha sido identificada como una *réalité économique* (realidad económica). A pesar de ello, ha tenido en la doctrina una cierta “hostilidad al precontrato” (Herzog, 1999, p. 2-3); sin embargo, debido al aumento del número de decisiones judiciales sobre precontrato en el ordenamiento jurídico alemán, no se podría llegar a su total desprecio.⁴⁴

Históricamente, en el derecho común⁴⁵ se ha considerado el *pacta preparatoria* irrevocable y parte preparatoria del contrato principal. Esto incluyó, entonces, el *pactum de contrahendo* (Henrich, 1965, p. 4). El término precontrato proviene, al parecer, del término latino *pactum de contrahendo* (Wabnitz, 1962, p. 6), que a mediados del siglo XVIII fue introducido en las nociones alemanas.⁴⁶ Para ser una figura jurídica conocida, el “precontrato” se hizo primero por el trabajo de

⁴² Por lo general, el precontrato en comentarios académicos será mencionado o bien en el BGB, arts. § 145 o § 154 y § 125 (forma del precontrato). El artículo 22 del OR es la norma más importante del sistema jurídico alemán sobre el precontrato.

⁴³ Sobre el precontrato como vacío de regulación de la ley alemana, ver también Larenz (1987, p. 88).

⁴⁴ Von Hase habla de la imposibilidad de poder abarcar la realidad social con modelos tradicionales, que el legislador ha puesto a disposición (1999, p. 19).

⁴⁵ En el derecho común se aplica la oración: “Sin contrato no hay vínculo”. Comparar: Henrich (1999, p. 207).

⁴⁶ Pero la mayoría del total en la discusión de los principios representados será también evidente en las diferentes denominaciones que se han propuesto en lugar del término “precontrato”: por ejemplo, obligación preliminar, acuerdo contractual, contrato imperfecto, contrato temporal, contrato de conclusión de un contrato, contrato de obligación, promesa de contrato y contrato de conclusión (Leonhard, 1929, p. 290).

Degenkolb.⁴⁷ Además, en el curso de la historia del derecho, también Puchta, Regelsberger, Blomeyer Henrich, Wabnitz y von Hase se ocuparon de manera ardua del precontrato y, en particular, del tema de la evolución de estos conceptos.

Después del trabajo de Henrichs y Wabnitz se dan los primeros tratados sobre contratos preliminares de la doctrina de los posglosadores (alrededor de los siglos XIII-XV).⁴⁸ Reconocen estos autores el contrato principal y el precontrato como dos conceptos distintos; sin embargo, se han presentado con efectos iguales. Esto significaba que para la conclusión del contrato principal era innecesario demostrar su nacimiento, puesto que del precontrato podría derivarse una pretensión demandable del objeto de la prestación del contrato principal.⁴⁹

La segunda concepción del precontrato data, en efecto, de la última sección del derecho natural.⁵⁰ Sin embargo, se podría encontrar una causa antigua de la teoría del precontrato en la historia jurídica de los contratos reales.⁵¹ La voluntad del individuo debe decidir sobre el contenido y el objeto del contrato y, en princi-

⁴⁷ Para la historia del dogma del precontrato, que se determina mediante la diferencia entre el contrato real y el consensual (Call, 1972, p. 44 ss.).

⁴⁸ En principio, no hay una fuente real romana que, en el abstracto, discuta la posibilidad de un contrato. Bien es verdad, incluso, que se puede en este punto hacer referencia a la historia antigua del derecho romano, pero una sobre los antecedentes históricos está más allá del alcance del presente trabajo. Es posible, sin embargo, que se desarrollara la *stipulatio* en ese momento; incluso, como forma principal de la prestación de la promesa. En parte, ya se mencionó que dicha *stipulatio* era el proceso anterior de la promesa de contrato derivada del legislador europeo nacional. Al principio, la *stipulatio* fue utilizada para el apoyo del contrato de préstamo o el contrato de comodato. En el Imperio romano clásico, se puede hacer con casi todas las prestaciones, en cualquier condición, respecto al contenido de la promesa exigible. La traducción literal de *stipulatio* es "Dejarse prometer de determinada forma verbal". De hecho, el promitente debe siempre, al principio de la frase, utilizar la palabra *spondeo*, que significa "jurar" o "prometer", y —etimológicamente— se refiere a una prestación de juramento. El vínculo, inicialmente, se logra por las formas, que han derivado su fuerza del contexto religioso de ese tiempo. La idea de que solo la voluntad de la parte consigue un vínculo fue un desarrollo que prevaleció hasta mucho más tarde en Roma. Comparar, entre otros, Wabnitz (1962, p. 40), Para la *stipulatio* como fundamento para el pacto sin fundamento, contrato sin causa, ver también: Nanz (1995, p. 18 ss.), Kaser (2008, p. 46) y von Hase (1999, p. 42).

⁴⁹ Comparar Blomeyer (1948, p. 270 ff). Para la obligación de presentar explicaciones de conclusión de contrato, comparar también Roth (1928, p. 361 ff).

⁵⁰ Para desarrollar en profundidad, ver Wabnitz (1962, p. 44 ff). La ley general prusiana de 1794 trata también el precontrato como codificación de la ley natural. Sin embargo, en el §§ 654 ss. ALR I, 11 solo está normalizado el precontrato de préstamo.

⁵¹ Aparte de la necesidad de forma de los negocios jurídicos (por ejemplo, la *stipulatio*), fueron reconocidos en el derecho romano los negocios jurídicos con libertad de forma. El problema era no solo la prueba de estos negocios, sino, también, el cumplimiento legal de sus compromisos. Al final de la República, para que realmente se pudiera dar el compromiso del préstamo, se dio la posibilidad de la devolución jurídica, de acuerdo con la opinión establecida. La destinación de una cosa como prestación (*res*) reemplazó el formalismo escrito. Y de ahí el nombre de *Re* (cosa) *Contractus*: contrato real, o contrato.

pio, el precontrato debe seguir un contrato principal.⁵² Más tarde, los proponentes o defensores del precontrato se referían a él como el acuerdo o convenio sin forma, de un contrato que requiere una forma. Desde el precontrato se puede pedir el cumplimiento de la forma. Solo en las primeras etapas de un acuerdo de este tipo se podría demandar por una indemnización por los intereses, pero no por la celebración del contrato principal (Henrich, 1999, p. 5).

Con una perspectiva histórica, se puede hablar de un camino especial alemán en la evaluación del precontrato.⁵³ Fue eliminado por *Degenkolb* y desarrollado en la doctrina legal del siglo XX. Esto tiene que ver con la posición especial de los contratos reales⁵⁴ durante el “movimiento de codificación” en suelo alemán. Incluso, han desempeñado un papel las muchas incertidumbres acerca de los hechos y las consecuencias jurídicas de una oferta fija (Köhler, 1979, p. 465-469). Algunos autores creen que esta escuela de pensamiento, que fue acuñada antes de la aplicación o la validez del Código Civil en el siglo XX, ha tenido un impacto significativo en la jurisprudencia y la teoría del precontrato (von Hase, 1999, p. 58).

Desde el trabajo de Degenkolb (1887, p. 1), se acepta, en ocasiones, que se discuta sobre ciertas preguntas respecto a la teoría del precontrato, con diferente intensidad, en el sistema jurídico alemán (Herzog, 1999, p. 4-5; Henrich, 1965, p. 6; von Hase, 1999, p. 49).

El movimiento de codificación europeo del siglo XIX inició una investigación sobre el precontrato y la admisibilidad de esta institución;⁵⁵ además, la necesidad de un contenido mínimo para esta figura y su necesaria tipificación eran temas que entretanto ganaban importancia en la doctrina.⁵⁶

⁵² Grassus (*De pacti futuri contractus praeparatorio*, 1688) y Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, 1744) fueron citados como representantes importantes de esta teoría; comparar con la aparición de la vigencia del concepto general de contrato, entre los siglos XVI-XVIII.

⁵³ Para las diversas formas de precontrato en Francia y Alemania, ver también Wabnitz (1962, p. 125).

⁵⁴ Una característica de este contrato fue que la dedicación de una cosa como prestación principal del contrato sustituye el formalismo de palabras. Como contrato real fueron cuatro casos reconocidos: 1) préstamo a mano, 2) préstamo, 3) depósito y 4) prenda. Mutuo, comodato, depósito y prenda. Comparar: von Hase (1999, p. 42).

⁵⁵ La discusión sobre la introducción del instituto en 1931, por medio de la enmienda del OR en el derecho privado suizo, es también conocida. Roth (1928, p. 19 ss.).

⁵⁶ El sistema jurídico alemán reconoció por primera vez el precontrato en el Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. AGB-Gesetz. Ley de regulación de condiciones generales de 1811. Por lo tanto, el legislador ha prestado especial atención tanto a este tiempo como al fundamento del negocio. La

En el Código Civil (BGB) alemán, de 1900, no existe ninguna disposición relativa al precontrato. La Comisión se ha pronunciado solo sobre el requisito de tipicidad del contrato principal. Las razones para rechazar una disposición relativa al precontrato para el BGB han encontrado cada vez más defensores.⁵⁷ La doctrina alemana, sin embargo, ha analizado en detalle el precontrato, y, por lo tanto, dispone de un conocimiento profundo acerca de este instituto (Herzog, 1999, p. 3). Es decir, no solo la doctrina ha tratado antes con la problemática del precontrato, sino que también la jurisprudencia ha descubierto importantes requisitos de validez del precontrato y su mejora continua. El método de interpretación en relación con el contrato principal fue sistematizado también por la doctrina alemana. En la República Federal, la admisibilidad del precontrato se deriva, principalmente, de la libertad contractual y de la autonomía de las partes.⁵⁸

Cabe mencionar a Henrich, quien se ocupó de los problemas de la determinación del contenido, la forma y las cuestiones de ejecución del precontrato, así como de preguntas sobre la quiebra y los efectos para los terceros del precontrato en el siglo XX (Henrich, 1965, p. 119 ff; 147 ff; 184 ff; 220 ff). Además, siguió la opinión de Degenkolb, quien señaló que de un precontrato solo se puede demandar la conclusión el contrato principal, pero no directamente la ejecución del contrato principal o la prestación del contrato principal por sí misma (Henrich, 1965, p. 190).

Por medio de la reforma a la ley alemana sobre derecho de las obligaciones, de 2002, se introdujo en el Código Civil el § 311, que en ocasiones se ha interpretado como un reconocimiento general del precontrato y de otras instituciones precontractuales.

influencia del § 936 ABGB sobre el art. 18 del borrador del BGB de Baviera de 1861 es clara. El precontrato no experimenta, sin embargo, ninguna mención especial al lado de la regulación general en el § 936 ABGB, se encuentra en el §§ 971 (precontrato de comodato), 957 (precontrato de depósito), 1368 (precontrato para el contrato prendario), ABGB precontrato. Pero se ha referenciado el ABGB como una consecuencia de "la hostilidad del precontrato". Ver por ejemplo, Wabnitz (1962, p. 101). En la etapa de diseño del BGB para el Gran Ducado de Hessen de 1853 se ha proporcionado una regla general del precontrato. art. 18 y 19 del borrador de un BGB para el Reino de Baviera de 1861 comprenden las regulaciones del presente proyecto en la Parte II, Libro 1, Art 18 y 19 de las dos disposiciones generales para el precontrato.

⁵⁷ Sobre la versión alemana del periodo precontractual, comparar, entre otros: Jhering (1969); Staub (1969); Grigoleit (1997); Lorenz (1997); Henrich (1965); Schwarze (2001); Herzog (1999); Casper (2005). Sobre el precontrato ver Roth, Degenkolb, Henrich, Wabnitz, von Hase, Herzog, entre otros.

⁵⁸ Entre otros, en la doctrina general: Köhler (1979, p. 465); Larenz (1987, I, p. 86); sobre la libertad de elegir tipos contractuales, ver también Fikentscher & Heinemann (2006, p. 72).

Parte 2: Francia

Para obtener una descripción precisa del proceso de desarrollo histórico del Código Civil francés, se hablará sobre el desarrollo del precontrato como una institución en sí misma, y, también, como un correlato de la conclusión del contrato (principal), siempre tomando en cuenta el objetivo del presente trabajo. En este punto, la digresión histórica es necesaria para demostrar la importancia del precontrato mediante la evolución temporal.

A. Desarrollo del *avant-contrat*

Algunos consideran que el derecho eclesiástico y su idea de la promesa sagrada ante Dios es el que fundó la noción jurídica de la promesa de contrato en la jurisdicción romana (Ranieri, 1999. p. 3).⁵⁹ Pero mientras haya servido para crear un grado de seguridad jurídica en las relaciones jurídicas y sea de gran importancia, a este tema se le prestará mucha menos atención en la legislatura, la doctrina y la jurisprudencia en otras jurisdicciones europeas.

Para la incorporación de las negociaciones contractuales o para concluir ciertos negocios jurídicos —por ejemplo, para la enajenación inmobiliaria o el contrato de constitución de una sociedad—, juega un papel crucial la promesa contractual, o precontrato, en el sistema jurídico romano (Wabnitz, 1962, p. 120 ss).

Esta idea anticuada del precontrato tiene que ver no solo con la idea heredada del derecho romano de *periculum emptoris* (riesgo del propietario), que, normalmente, es dominante del principio *res perit dominus* (la cosa perece para su dueño),⁶⁰ sino, también, con una concepción de riqueza de la cultura del sistema

⁵⁹ La caracterización del incumplimiento de la promesa como pecado fue para la pregunta de sus consecuencias de considerable importancia. (Nanz, 1995, 16. bis 18. Jahrhundert. p. 49-145).

⁶⁰ Pero sobre eso, ver también Harke: La frase "*casum sentit dominus*" sería una falsa generalización de los juristas romanos antiguos, como ya lo había evaluado Windscheid (Harke, 2004, p. 52).

jurídico romano, que hoy día no está conforme a la época.⁶¹ Allí, fue equiparada la riqueza con la propiedad de bienes raíces.⁶²

La seriedad de una declaración de voluntad para enajenar una cosa (sobre todo, un bien inmueble) de un ciudadano, según esta interpretación, debe ir acompañada de ciertas formalidades. En tal sentido, la promesa contractual debe garantizar la seriedad de la declaración del enajenante y cumplir la función de ser como un mecanismo de protección para la parte contractual correspondiente contra una intervención precipitada.⁶³

B. *Res perit dominus y avant-contrat*

Como cada código civil moderno europeo —que se deriva del sistema jurídico romano, ya sea por el consenso⁶⁴ o por el principio de la causalidad— ha adoptado el modo de traspaso de dominio en el derecho de propiedad, se puede considerar la aplicación del precontrato, incluso, como una cierta ancla de protección de una parte y dirigida a la seguridad jurídica.

La cita romana dice, en efecto, *res perit domino*. Incluso, cuando una declaración de voluntad es suficiente para hacer al comprador propietario de la cosa, es

⁶¹ Pero ese fue también el caso en Alemania: el motivo para eso, especialmente —que el legislador declare la transferencia de bienes inmuebles para la necesidad de la forma—, fue que la propiedad del bien exponga el fundamento para asegurar el mantenimiento y la existencia de la población. Ese significado especial de la propiedad del bien fue crucial para el establecimiento de un requisito de forma. Este sobresale en un sistema que se caracteriza por el principio de la libertad de forma.

⁶² *Res mobilis, res vilis* indica la cita romana “Una cosa mueble es de menor valor” (Lautenbach, 2002, p. 628).

⁶³ Guilelmi Durandi (*in Speculum Iuris*) y Paulus de Castro (*im zu I. contractus C. de Fide Intru*) fueron los dos juristas que iniciaron esta discusión de la función del *pactum de contrahendo*, en Florencia durante el siglo XV. Ver Blomeyer (1948, p. 275).

⁶⁴ En Francia, el autor del código se decidió por el principio de consenso. Sobre eso:

- Art 711. La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones.
- Art. 1138. La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes. Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último.
- Art. 1583. Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado.

Para una traducción alemana de estas normas, véase Krimphove (2006, p. 110 ff).

evidente la falta de una división del contrato en dos negocios jurídicos distintos; a saber, un negocio de obligación (precontrato) y un acto de disposición o un contrato de cumplimiento (contrato principal) (Harke, 2008, p. 350 ss.).

Más tarde, en la Edad Media, se encontró que el contrato debe tener en el principio de consenso un efecto real; es decir, por medio del simple acuerdo sobre el precio y la cosa, se transfiere la propiedad al comprador.

A menudo, las partes no quieren esto: por ejemplo, el vendedor se niega a que con un pago del precio a cuotas se transfiera la propiedad al comprador antes de la liquidación total de la suma. El precontrato será reconocido, entonces, como un instrumento a través del cual las partes del precontrato —sin efectos reales o colaterales— solo se comprometan a celebrar el contrato principal.

El legislador francés, sin embargo, ha comparado, basándose en la doctrina medieval, el precontrato con el contrato principal, para evitar este efecto, real o colateral, indeseable.

Sin embargo, este hallazgo no siempre fue tan claro. Los posglosadores diferenciaron conceptualmente el precontrato y el contrato principal, pero en cuanto a sus efectos los igualaron. Describieron la celebración o la conclusión de un contrato principal como inútil y, por tanto, concedieron a los socios del precontrato un derecho para demandar el objeto de la prestación del contrato principal. Por lo tanto, se reconoció el *pactum de contrahendo* y la fuerza obligatoria, pero no la coercibilidad frente al contrato principal (Wabnitz, 1962, p. 37).

Otra opinión se ha desarrollado en la era del derecho natural. Se basa en el principio, antes desarrollado, de la libertad contractual. La voluntad de las partes debe decidir sobre el contenido del contrato. Una declaración de las partes, de querer continuar con la celebración del contrato debe ser respetada (Wabnitz, 1962, p. 40). El precontrato debe ser seguido por un contrato principal.

Estas dos opiniones se encuentran de nuevo en el siglo XIX, durante el gran movimiento de codificación de frente: “Entre el Tratado incompleto, no vinculante en un lado y los contratos completos por otra parte, no hay espacio para un precontrato”, dijeron algunos. “El precontrato tiene un significado independiente o importancia autónoma”, dijeron otros (Savigny, 1987, B. 2. p. 245 ss.).

C. La celebración del contrato

Debido a que la teoría francesa del precontrato no puede ser plenamente comprendida sin una breve introducción a la historia de la formación del contrato, parece razonable añadir una breve descripción relevante.

La historia de la formación del contrato en el derecho francés se puede dividir en las siguientes tres fuentes de la legislación francesa actual: 1) el derecho romano, 2) el llamado *Ancien Droit* y 3) la perspectiva histórica del Código Napoleónico. La celebración del contrato se compara, a partir de una perspectiva francesa histórica, con la celebración del contrato de compraventa.⁶⁵

1. El derecho romano

El contrato de compraventa romano viene con las declaraciones unánimes acerca de la cosa y el precio. Estas declaraciones deben ir acompañadas de la voluntad, de ambas partes, de transferirse mutuamente la propiedad de la cosa y del precio, respectivamente. Si el contrato de compraventa ha llegado a su conclusión, el vendedor tiene la obligación de transferir la cosa y el comprador, la de pagar el precio. Al mismo tiempo, ambos tienen derecho a efectuar una acción para transferir el dinero y recibir la cosa (Geninet, 1985, p. 74).

El acuerdo sobre la cosa y el precio estableció, entonces, solo una simple relación jurídico-obligacional, una *obligation purement personnelle*, pero no justifica el derecho de propiedad del comprador. “*Qui nondum rem emptori tradidit, ad huc ipse dominus est*”. Estos principios de la teoría del contrato romano fueron adoptados por la *Ancienne Jurisprudence française* (Mainguy, 2008, p. 113 ff).

2. El Ancien Droit (ley antigua) y la preparación de una promesa de compraventa codificada

Pothier ha dado a entender que por medio del contrato no se puede transferir la propiedad de la cosa, sino que de esta manera se establece solo un compromiso personal entre el comprador y el vendedor (1882, n° 7, p. 7). El vendedor debe

⁶⁵ Por ejemplo, Blomeyer (1948, p. 272). Esto se refiere también, entre otras, a las glosas que durante la Edad Media se hicieron para el *Corpus Iuris Civilis*. Ver también, Geninet (1985, p. 71). Sobre Roma y la práctica de los siglos XVIII y XIX, ver también: Kron (1971, p. 5 ff).

vender la cosa solo de forma válida, y él debe “ser capaz de transferir al comprador la cosa” (1882, n° 7, p. 5). Con esto, Pothier describe un principio ya reconocido en el derecho romano: El vendedor también puede vender algo ajeno como propio e intentar recordar el principio adicional o complementario “*nemo plus juris in alium transferre postest quom, ipse habet*” (Mainguy, 2008, p. 114 ss.; Blomeyer, 1948, p. 277).

Sin embargo, en la ley de propiedad francesa el legislador quiso regular, por medio del contrato que se concluye, únicamente la transferencia mutua de la propiedad de la cosa acordada y del precio. De esta manera, se ha establecido el llamado principio de consenso (Bucher, 1998, art. 1138, p. 618). En consecuencia, sería necesario solo el acuerdo de las partes para transferir la propiedad de los bienes. Si por medio del contrato (principal) como tal se puede transferir la propiedad, sería necesaria una disposición para poder poner la promesa de contrato igual al contrato en sí;⁶⁶ de lo contrario, las partes podrían eludir esta norma de la ley de propiedad por medio de un acuerdo previo o, simplemente, dejar de cumplirla.⁶⁷ Con una perspectiva histórica, se puede aclarar la existencia del art. 1589.⁶⁸ “*La promesse de vente vaut vente*”, a menos que el comprador y el vendedor ya hayan llegado a un acuerdo sobre la cosa y el precio. Después de Wabnitz, esta equiparación no fue mérito del legislador francés, sino, simplemente, la adopción de una verdad ya establecida desde la Edad Media. Joannes Andreae es el jurista más famoso o conocido de la Edad Media a quien se remonta este conocimiento (Wabnitz, 1962, p. 123).

No obstante lo anterior, dado que la norma del art. 1589, en primer lugar, no es una norma obligatoria y como, en segundo lugar, se puede remitir a varios tipos de *promesse*, parece realmente “irónico” que la misma norma se aplica por medio de la jurisprudencia, con el fin de evitar el complejo principio de consenso (Bucher, 1998, art. 1138, p. 618 ss.), y que la *vente* se divida en dos negocios

⁶⁶ En este sentido, ver por ejemplo, Huet, “La justification en est (art. 1589) qu'on trouve, dans une telle promesse tout cequ'il faut pour une vente parfaite, telle que l'entend l'art. 1583” (1996, p. 134).

⁶⁷ Pero en este caso, dicha norma debe adquirir el carácter de norma vinculante. La disposición debe excluir la formación de la relación contractual según el modelo del *droit coutumier*. Para el estado de la discusión, ver Harke (2008, p. 328-332).

⁶⁸ Por ejemplo, sobre Bucher (1998, p. 622); sobre esta idea contradictoria de la teoría de Pothier, ver entre otros, Planiol y Ripert, 1981, Rn. 2594.

jurídicos —el obligatorio y el dispositivo— (Dettmeier, 1999, p. 120-127; Wabnitz, 1962, p. 130).

3. El Código Civil

En el siglo XIX, el artículo 1589 C. Civ. Tenía que ver, principalmente, según la doctrina mayoritaria, con *promesse synallagmatique de vente* (Baudry, Lacantinerie & Saignat, 1908, p. 44). Por lo tanto, la “*promesse synallagmatique de vente*”, de conformidad con el art. 1589, será tratada como un contrato de compraventa y, por lo tanto, genera, especialmente, la transferencia de la propiedad y del riesgo respecto al objeto del contrato.⁶⁹ Si se revisaran los motivos del Código, sería claro que se hace alusión intencional a la *substance du contrat de Vente*, al *arrhes* (depósito de arras) y a la *convention qui en détermine l'effet*, para regular la promesa de contrato sinalagmatico en el art. 1589. Estas convicciones se basan en *Les Travaux préparatoires du Code*, de Tribun Faure y von Tribun Grenier (Baudry, Lacantinerie & Saignat, 1908, p. 43).

Sin embargo, cabe reconocer que es muy difícil encontrar rastros de los dos últimos siglos que apunten a las causas reales del art. 1589. Lo que está claro es que el principio de consenso se origina de una costumbre tradicional o del principio romano *periculum emporis* (Harke, 2008, p. 350).

Definitivamente, hay el obvio deseo de unidad de regulación para el derecho de transferencia. Por lo tanto, los redactores han incluido el principio del consenso. La *ratio legis* debe sustituir la gran cantidad de normas sobre la entrega y el traspaso del dominio. Sin embargo, los redactores no procedieron muy cuidadosamente a ese respecto (Bucher, 1998, p. 623 ss.).

Aunque una primera interpretación del art. 1589 podría partir de la base de que se trata de una ley obligatoria sobre el principio de consenso, con la que un cierto ordenamiento debe ser creado, y con la perspectiva técnica jurídica, la formulación no fue lo suficientemente precisa para en ese momento considerarlo un derecho imperativo. Por otro lado, hay muchas interpretaciones diferentes de esta disposición, según las cuales, inicialmente, se lo debe considerar una norma

⁶⁹ En este sentido, “Il est certain que ce texte vise seulement les promesses synallagmatiques, c'est-à-dire celles qui consistent dans des promesses réciproques de vendre et d'acheter. Ce point est aujourd'hui presque unanimement reconnu. Les mots consentement réciproque des deux parties, et les travaux préparatoires du code ne permettent guère d'en douter” (Baudry, Lacantinerie & Saignat, 1908, p. 40 ss.)

dispositiva. Tanto las promesas contractuales bilaterales como las unilaterales pueden ser subsumidas en esta norma.

Planiol, sin embargo, fue el principal defensor de una interpretación extensiva del artículo 1589 C. Civ, sobre las promesas de contratos unilaterales.⁷⁰ Después de aplicar la opinión imperante, la *promesse unilatérale de vente* no puede provocar el mismo efecto jurídico que la de un contrato principal si solo será aceptada por el destinatario. Se compromete únicamente el vendedor. Sin embargo, no seguirá causando los efectos de un contrato de compraventa ni los de un contrato de venta condicional. El riesgo y la propiedad de la cosa del contrato quedan, hasta el momento en que el beneficiario hace efectivo su derecho de compra de la promesa, en el vendedor. El beneficiario tiene, hasta ese momento, solo el derecho efectivo, de carácter obligatorio, assignable, aún no ejercido y no retroactivo (*ex nunc*), a celebrar el contrato de compraventa.

Mientras que, por medio de la *promesse synallagmatique de vente*, la propiedad puede ser transmitida, la promesa de contrato unilateral es solo una declaración que si es aceptada por el beneficiario, puede ser obligatoria —pero solo para el declarante—. En las promesas contractuales sinalagmáticas y en las unilaterales, es muy útil implementar la separación del negocio jurídico de obligación y el de disposición.

Aquí es importante recordar que Merlin y Pothier ya se han referido a la promesa de contrato unilateral como una institución.⁷¹ En la doctrina dominante del siglo XIX, solo se mencionó para negar su subsunción en los requisitos del art. 1589 C. Civ. y ligarlo al *droit commun* (Baudry, Lacantinerie, & Saignat, 1908, p. 46). De acuerdo con la comprensión del Código Napoleón en el siglo XX, en caso de incumplimiento del contrato de promesa unilateral, el reclamante puede pedir no solo una indemnización por daños y perjuicios, sino, también, la celebración del contrato prometido. La promesa de contrato unilateral estaba en el Tribunal, pero fue tratada como Pothier lo había revelado (Baudry, Lacantinerie & Saignat, 1908, p. 46).

De acuerdo con Baudry Lacantinerie, la *promesse de vente vaut vente* fue una norma que se remonta al derecho antiguo y que ha influido en los autores del

⁷⁰ Planiol, sin embargo, admite que la promesa contractual unilateral no se puede comparar con el contrato de compra: Planiol y Ripert, 1981, II, n. 1400. Véase también Harke (2008, p. 327).

⁷¹ Este conocimiento proviene también de Harke (2008, p. 328).

Code. Sin embargo, esto no fue suficiente para conferir a la promesa de contrato sinalagmática la fuerza de la transferencia de propiedad o para transferir el riesgo o el peligro de la (pérdida) de la cosa (Stadler, 1996, p. 487 ss.).

Desde el siglo XX hasta la actualidad, la promesa de contrato de compraventa unilateral y sinalagmática se encuentra subsumida en el art. 1589 C. Civ.⁷² En consecuencia, al precontrato no solo se le otorga un gran significado en el derecho francés, así como en el derecho alemán, sino que se estableció una forma de celebración del contrato, conocida como la *formation du contrat* (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 327 ss.). Cuando las prestaciones y las contraprestaciones son suficientemente determinadas, el precontrato se aplica como contrato principal y, en consecuencia, el comprador o el adquirente de la propiedad deben transferir la propiedad de la cosa. Por el contrario, evita la indeterminación de las prestaciones cualquier efecto real del precontrato como un instrumento, cuando se plantea como equivalente del contrato principal.

Cómo han demostrado trabajos comparativos, existe una costumbre legal en Francia, según la cual las partes del contrato siempre celebran un contrato para permitir que se lleven a cabo ciertos tipos de contratos principales (Dettmeier, 1999, p. 159).

A pesar del hecho de que el llamado *Traditions-* bzw. *Kausalprinzip* prevalece en todos los estados del sistema jurídico romano de la Europa actual, es claro que el derecho de responsabilidad (daños) de pérdida accidental del objeto del contrato, que debe ser sufragado por el dueño de la cosa, debe ser regulado en una ley de propiedad europea en un futuro próximo. A la luz de los recientes trabajos sobre el tema, sigue abierta la pregunta de si esta división entre el negocio de obligación y el de disposición (contrato principal) del contrato sinalagmático fue el propósito real del legislador francés de 1804 (Harke, 2008, p. 328 ss.). En Francia, de hecho, surgen muchas dificultades en las relaciones jurídicas debido a la opinión mayoritaria sobre la interpretación del *avant-contrat* y el artículo 1589 del Código Civil. La *promesse*, de hecho, rara vez ha sido mencionada por el legislador, y para determinar el manejo de una *promesse*, debe resolverse, en primer lugar, si se trata de una *promesse unilatérale* o de una *synallagmatique*.

⁷² Eso es así hasta hoy día; por ejemplo, sobre la promesa de venta sinalagmática: Civ. 3e, 11. 6. 1992: Bull.Civ. III, n. 206; Civ. 3e, 4. 11. 1998; Bull.Civ. III, n° 209. Para la promesa unilateral de venta: Civ. 3e, 12. 1.1994; D. 1995, 52; Civ. 3e, 30. 11. 1971; Civ. 3e, 7. 7. 1993; d. 1994, 597.

En este proceso, a su vez, se producen discusiones, con frecuencia complicadas y ya conocidas.⁷³

Funciones

Parte 1: Alemania

El principal ámbito de aplicación del precontrato está en el derecho de compraventa, de alquiler y de sociedades, así como en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo (Pawlowski, 2000, p. 294). Debido a que, teóricamente, cabe en todos los contratos conmutativos de obligaciones jurídicas, su posible ámbito de aplicación es sumamente amplio. La funcionalidad del precontrato se mostrará a continuación.

A. Funciones de determinación-vínculo jurídico

En el sistema jurídico alemán, se puede suponer que la función del precontrato es alcanzar un vínculo contractual, incluso si la conclusión del contrato principal aún representa un obstáculo en el camino (Kramer, 2001, Rn. 51). Como Wabnitz explicó, este vínculo se puede justificar ya sea como una función preparatoria o como función de seguridad (1962, p. 10). A través del precontrato, las partes deben poder lograr un vínculo contractual, en un punto determinado, que debe ser antes de la celebración del contrato principal. Por consiguiente, el precontrato se consideró una institución ideal para el caso en que, por ejemplo, las partes no puedan determinar con precisión el objeto del contrato principal o que la conclusión del contrato principal presente aún obstáculos jurídicos o fácticos, y que, sin embargo, para ese momento ya hayan establecido un vínculo contractual.⁷⁴ Debe quedar claro que la exigencia de un precontrato contiene, por lo menos, que a la conclusión del contrato principal se pueda presentar una acción y que la prestación principal pueda ser determinada.

⁷³ Esto es evidente desde antes con Planiol. Ver también Mousseron, Guibal & Mainguy (2001, p. 327-329).

⁷⁴ Así que cuando el contrato principal no se ha podido concluir, y debe estipularse, por ejemplo, la determinación del derecho aplicable en los contratos internacionales, o cuando es necesaria la redacción de una cláusula arbitral. Un ejemplo de ello son las siguientes dificultades técnicas: el acoplamiento de un motor aún no terminado, con una carrocería aún no terminada, que debe ser elaborado por distintas firmas correspondientes. El vínculo legal debe tener lugar antes, porque, por ejemplo, de esto depende el soporte financiero de todo el proyecto. BGH NJW 1962, 1812, (1813), OLG Bremen NJW-RR 1995, 1453. Kramer (2001, Rn. 36).

El precontrato es un instrumento de la autonomía privada permitido para controlar el comportamiento del futuro deudor. Parece claro que es más fácil llevar a cabo un precontrato o exigirlo, en vez de hacer uso de una *actio* (acción) de *culpa in contrahendo* (Gehrlein, 1997, p. 928 ss.; Engelhardt, 1984, p. 933 ss.).

Sobre las razones por las que las respectivas partes del contrato celebran un precontrato se ha discutido por mucho tiempo en la doctrina (Ritzinger, 1990, p. 1203.) El precontrato puede ser clasificado también sobre la base de estas diferentes razones. La jurisprudencia y la doctrina han estudiado los obstáculos jurídicos o fácticos⁷⁵ que en los países de habla alemana impiden la celebración de un contrato principal.⁷⁶

Otras clasificaciones tienen que ver con a) el objeto, con las prestaciones adicionales o los obstáculos y b) los participantes en el contrato.⁷⁷ En este sentido se puede hablar de razones objetivas y subjetivas. Si el vendedor tiene, por ejemplo, que esperar la aprobación de una autoridad, con el fin de poder completar el contrato principal de compraventa,⁷⁸ es posible, en tal caso, determinar una razón objetiva y, debido a ello, presumir un precontrato. Es razonable reconocer una razón objetiva, incluso cuando el precontrato solo puede concluirse de manera informal (sin una forma establecida) y cuando para el contrato principal se estableció una formalidad legal. Sin embargo, queda excluida la posibilidad de celebrar un precontrato si dicha forma tiene una función protectora para una

⁷⁵ El contrato preliminar debe ser válido. Ver entre otros, Kramer (2001, Rn. 50); comparar también con Henrich (1965, p. 115); Brüggemann (1968, p. 204 ss.); ver, igualmente, Larenz & Wolf (2004, § 23, Rn. 99-101); Flume (1992, § 33-7); BGH WM (1973, pp. 67,68).

⁷⁶ "Sin embargo, los siguientes tres obstáculos al contrato principal no excluyen un contrato preliminar: 1. El contenido del contrato principal no se puede determinar con suficiente precisión porque aún depende del desarrollo adicional de las cosas. [...] 2. Un formulario requerido en algunos casos para el contrato principal aún no puede cumplirse por razones técnicas. Sin embargo, un contrato preliminar también es válido aquí de manera informal. [...] 3. La efectividad del contrato principal depende de una aprobación judicial o reglamentaria. Sin embargo, la falta de aprobación no impide la celebración de un contrato preliminar efectivo" (Wabnitz, 1962, p. 11 ss.).

⁷⁷ "Desde varios puntos de vista, se pueden distinguir varios tipos de contratos preliminares. De acuerdo con esto, si la reclamación del contrato principal se debe solo a una parte o a ambas partes contratantes del contrato preliminar, los acuerdos preliminares se subdividen en unilateral y bilateral (mutuo). No importa si el contrato principal previsto en sí es un contrato unilateral, imperfectamente bilateral o recíproco. Otra diferencia se hace de acuerdo con la naturaleza legal del contrato principal: hay contratos preliminares para contratos consensuales y contratos reales. Además, se hace una distinción entre contratos preliminares para contratos principales informales y basados en formularios." (Wabnitz, 1962, p. 9).

⁷⁸ Ese es un ejemplo típico antiguo de *Ihering*, que también ha sido considerado por Brüggemann (1968, p. 205).

de las partes.⁷⁹ Si alguien, por el contrario, no ha podido concluir el contrato principal de venta, porque la otra parte no tiene todavía autorización (legitimidad), puede suponerse una razón subjetiva para aceptar el precontrato. Para seguir a Schmalzel, el precontrato obtiene un significado práctico a favor de un tercero en el ámbito del contrato oneroso y recíproco, si la contraprestación del contrato principal, debido a su naturaleza, no es proporcionada por el destinatario de la promesa. Un ejemplo es el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de sociedad, que se celebra con un tercero (Schmalzel, 1964, p. 452). Esto también puede ser visto como una razón subjetiva.

La conclusión del precontrato crea obligaciones de protección recíprocas para las partes.⁸⁰ Como *pactum de non contrahendo cum tertio*, el precontrato prohíbe una celebración de un contrato con terceros. Si esta obligación se viola, se obliga al contratante a indemnizar por daños y perjuicios al afectado (Bucher, 1986, p. 1).⁸¹

Bucher ha propuesto a las doctrinas alemana, francesa y suiza una interesante clasificación de ejecución, o *executio*, del precontrato, que depende de las obligaciones positivas o negativas del precontrato: mientras más obligaciones negativas (falta de beneficios o de prestaciones inhibitorias) contenga el precontrato, más fuerte es la sanción del poder judicial de considerar el incumplimiento del precontrato una indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, mientras más obligaciones de contratar positivas se acuerden entre las partes del precontrato, entonces el proceso de ejecución del precontrato será más fácil y claro.⁸²

Con el requisito del contenido mínimo, se ejecutará, bajo la problemática en relación con la función de facilitación del precontrato, una vinculación legal, sin que el objeto del contrato (principal) sea determinado completamente.

B. Función preparatoria

El precontrato, además de la declaración de intención o la *instruction to proceed*, se considera esencial como instrumento para la determinación del contenido

⁷⁹ Para la necesidad de forma del precontrato y su finalidad, y para la crítica del tema de la jurisprudencia promulgada del BGH, ver también Kramer (2001, Rn. 54).

⁸⁰ AG Hamburg, WuM 1987, 249 (250).

⁸¹ Degenkolb habló originalmente de *pactum de non contrahendo* (1887, p. 31).

⁸² Ver sobre eso: Bucher (1979); von Hase, sin embargo, no es de la opinión de que los niveles del significado de la aplicación del precontrato puedan encontrarse en la República Federal (1999, p. 74).

del contrato principal, que permite a las partes preparar o, incluso, adoptar las prestaciones incompletas.⁸³ El precontrato permite, de esta manera, definir paso a paso las obligaciones de las partes y garantizar que se continuarán las negociaciones del contrato principal. Se habla en este contexto de *pactum preparatorium* (Henrich, 1965, p. 3).

Dentro del marco del derecho de sociedades o del derecho empresarial, la celebración de un precontrato es presentada o formulada para precisar ciertos puntos, que son indispensables para el progreso de las negociaciones del contrato principal. Como concebibles se demuestran aquí constelaciones de contratos preliminares, a través de las cuales una forma legal simple puede ser determinada. Por ejemplo, la fijación de ciertos puntos, como el domicilio, el derecho aplicable, la autorización del representante o las cláusulas de jurisdicción arbitral.⁸⁴ Sin embargo, se puede ir fácilmente a la preparación del objeto del contrato principal como unidad; sobre todo, si se trata de una sociedad o empresa, o de una persona jurídica activa y muy grande.

La percepción científica antigua del precontrato como una cuestión o un problema del derecho de compra y de préstamo no es relevante en la realidad actual. Cláusulas arquitectónicas, así como obligaciones de construcción, consistentes en prestaciones sucesivas, contratos exclusivos, obligaciones de suministro y obligaciones de abastecimiento, caracterizan el aspecto actual del precontrato. Además de la *positiven Kontrahierungszwang* (obligación positiva de contratar), la obligación negativa juega un papel central: la de abstenerse de algunas celebraciones de contratos en el derecho internacional actual corporativo, de sociedades y de suministro, que ya no puede ser ignorado por la comunidad científica (Bucher, 1979, p. 193).

C. La función profiláctica de la jurisprudencia cautelar (que trata de evitar confrontaciones jurisdiccionales)

Independientemente de las funciones ya descritas, es evidente que las partes pueden beneficiarse del precontrato como herramienta constitutiva. Muchas dificultades

⁸³ Ver sobre eso, por ejemplo: Lutter (1998, p. 27 ss.).

⁸⁴ En la medida en que la cláusula en el AGBs encuentre que las partes han acudido a un tribunal arbitral por la regulación sobre las controversias, la cláusula no representa este acuerdo; sin embargo, no puede existir precontrato sobre la conclusión de un contrato de arbitraje. Ver BGH MDR 1973, 1001.

—y, en particular, discusiones futuras— se pueden evitar con ayuda del precontrato como vínculo jurídico o instituto preparatorio (Junker & Kamanabrou, 2002, p. 175 ss.). La recolección de información y la confidencialidad son dos áreas en las que la determinación de obligaciones en el futuro podría jugar un papel importante.⁸⁵

D. El contrato como objeto (prestación) del contrato

Debido a que la libertad contractual también se puede utilizar para su propia limitación, es un conocimiento teórico, que, en la práctica, encuentra su camino por la institución del precontrato (Nipperdey, 1970, p. 17; Medicus, 2002, Rn. 75 ss.). Cuando una persona se obliga a celebrar un contrato principal, el acreedor también puede, entonces, exigir la celebración del contrato principal. La fuente de la obligación del deudor o su prestación surge con base en la libertad contractual de la declaración de voluntad; es decir, de su propia promesa, dada a otra persona, de concluir otro contrato.

Las consideraciones teóricas sobre el contrato como prestación contractual pueden, con la perspectiva de la doctrina, parecer superficiales, pero en la práctica son absolutamente interesantes o relevantes, no solo porque pueden alcanzar un mayor nivel de abstracción del asesoramiento jurídico (Rother, 1973, p. 437), sino porque, debido al descubrimiento de las funciones reales y las necesidades de cada institución en las relaciones jurídicas reales, la armonización del derecho privado europeo, también fomentarán un nivel técnico. Como Rother escribió acertadamente: “Por medio de la resolución y transformación de los tipos contractuales legales [...] se manifestaron los principios jurídicos abstractos, que [...] se deben concretar y condensar en los nuevos tipos de contratos hasta el momento, tipos desconocidos” (Rother, 1973, p. 454).

Es evidente que el derecho privado regulado solo debe interferir en la regulación, donde es necesario. Pero la necesidad de la regulación de una institución en la legislación del derecho civil a veces se deriva no solo de su nivel de abstracción y de su sistema, sino, también, de la eliminación de los obstáculos para

⁸⁵ Schwarze (2001, p. 193, parte 5), sobre “la obligación de información precontractual para la garantía de la comprensión del contrato”.

el ejercicio de la autonomía privada (Larenz & Canaris, 1995, p. 191).⁸⁶ En este contexto, deberán acompañarlo, sin demanda de integridad, las consideraciones que se mencionarán enseguida.

Como Brüggemann ha formulado de forma acertada, el precontrato difiere únicamente por el objeto de la prestación —el *contrahere*— de otro *pacta* (Brüggemann, 1968, p. 202). En tal sentido, el valor del precontrato existe por el hecho de que ya antes de las negociaciones se ha cerrado con el contrato principal. Esta idea puede, como ya se mencionó, ser analizada con dos perspectivas: una objetiva y una subjetiva.

Un contrato que tiene más contratos como prestaciones exige, previamente a su perfeccionamiento, que al menos una de las partes contratantes sea a futuro una parte del contrato individual (Rother, 1973, p. 438). El vínculo de una parte al precontrato implica para la contraparte una cierta serenidad, y aquí se desarrolla el *pactum de contrahendo* como un instrumento subjetivo en su pleno significado (Brüggemann, 1968, p. 205; Henssler, 1994, p. 592). Dentro de este marco, el precontrato representa para la contraparte una ventaja importante en comparación con muchas otras figuras del periodo precontractual, cuando, en realidad, el discurso de seguridad jurídica y la obligación de una u otra parte pueden estar en un negocio jurídico.

Con una perspectiva objetiva del precontrato, su mayor funcionalidad se deriva del hecho de que puede lograrse, incluso sin la determinación precisa de la prestación del contrato principal: el único requisito es que la prestación sea determinada por medio del juez (von Hase, 1999, p. 119 ss.). En este sentido, también sería muy fácil y corto pensar en el precontrato configurado: “*La empresa A se obligará con la empresa B, a construir el motor de su avión más moderno*”.⁸⁷ Sin embargo, cabe preguntarse si un juez en caso de litigio sería capaz de determinar, por medio del estado de la técnica, la parte general del derecho de obligaciones y con referencia a los límites de *ex aequo et bono*, la *essentialia* de este contrato de servicio o contrato de trabajo; es decir, la prestación y el precio, como lo exige esta simple cláusula de un precontrato (Gauch, 1991, p. 2 ff).

⁸⁶ En relación con “Que la ley, en cuanto a los precontratos en general, por lo que la forma de dichos contratos no contiene disposiciones, es un vacío reglamentario.”, Larenz (1987 I, p. 88).

⁸⁷ BGH EWIR 1/89, 1069.

Por supuesto, hoy día el juez también puede determinar si el precontrato se ha celebrado solo como una obligación formal de conclusión, como obligación de configuración del contrato de antemano, como un *pactum praeparatorium*, como un instrumento de seguridad económica o como una protección legal para la celebración del contrato principal (Bruggemann, 1968, p. 203).

Para los vínculos comunes de los contratos de obligación o de los contratos mixtos, a menudo, el precontrato juega, naturalmente, un rol de importancia para los fundamentos tanto objetivos como subjetivos (Rother, 1973, p. 440). Cuando la parte ya clara del contrato se fijó en un acuerdo anterior o en cada detalle regulado, puede, de esta forma, no tener obligaciones claras o posibles prestaciones de las partes, para seguir siendo discutidas posteriormente. En la práctica, la importancia de esta función es especialmente clara en el campo del derecho mercantil internacional.

No es raro que las costumbres negocials lleven a la imposibilidad para encontrar mejores caminos para la celebración del contrato principal. El precontrato, como contrato preparatorio y temporal por medio del que muchos ya están regulados por adelantado y mediante el cual una o todas las partes se obligan a continuar las negociaciones, se subestima en comparación con instrumentos como la carta de intención, o carta de garantía (carta de patrocinio) con la perspectiva de la seguridad jurídica.

También la causalidad y las relaciones con diferentes negocios, como los llamados *B2B Geschäften* (Rother, 1973, p. 449), podrían ser modificadas por medio del precontrato. Por lo general, estas transacciones comerciales son entendidas como una unidad de contrato, que un vendedor celebró con un comprador un contrato de compraventa. Con el fin de dar al comprador el crédito necesario, el vendedor lo remite a una entidad financiera, que luego celebra un contrato de préstamo con el comprador. Pero a menudo no es difícil llevar a cabo simultáneamente varios negocios jurídicos, debido a que cada prestación depende del cumplimiento de la otra. Por tanto, a menudo ocurre que la prestación, el precio o el interés de cada negocio jurídico no se pueden determinar desde el principio del negocio B, o que uno de los participantes “quiere huir de esta unidad de contrato”. Exactamente en tales casos, el contrato de opción, el precontrato o una mezcla de ambos pueden jugar un papel importante. Tampoco es raro que varias instituciones financieras estén involucradas en el negocio.

Desde Bechmann, hay en Alemania una discusión sobre el derecho de selección del deudor, que en los años sesenta del siglo XX, con Brueggemann, entre otros, se discutió de nuevo (1968, p. 203). Una cosa es cierta: en el precontrato mutuo, se obliga al deudor a cumplir su obligación sin tener *facultas alternativa* entre la oferta o la aceptación del contrato principal. Con base en la posibilidad de pedir o en la pretensión del acreedor, o, en su caso, utilizando la interpretación del contrato, se debe encontrar lo que se debe proporcionar por prestación de cada una de las partes del precontrato: ¿ofrece una obligación una parte, o acepta la otra parte una solución, o viceversa? (Brüggemann, 1968, p. 201). Estas son las opciones entre las que el juez —normalmente, con base en la petición y en las circunstancias— debe encontrar un punto medio justo.

Las funciones del precontrato están estrechamente relacionadas con su causa (Brüggemann, 1968, p. 205). Pero debido a que la prestación se debe cumplir considerando la buena fe, de conformidad con el § 157 y § 242 del Código Civil alemán, es un hecho que se debe lograr judicialmente. En este contexto, el deudor no solo debe declarar su voluntad de cumplir satisfactoriamente con la prestación del precontrato: también debe esforzarse por eliminar todos los posibles obstáculos para la celebración del contrato principal. El deudor también debe probar suficientemente en el proceso, como demandado y como demandante en sí mismo, su intención de preparar o establecer el contrato principal.

En este contexto, el precontrato unilateral o sinalagmático, que puede ser la causa del contrato principal, debe proporcionar seguridad jurídica, como instrumento de la jurisprudencia cautelar (Brüggemann, 1968, p. 207).

Parte 2: Francia

En la mayoría de los casos, la promesa de contrato de compraventa cumple la función de un precontrato —en sentido estricto, la de un *avant-contrat*— cuando, gracias a la venta, deberá estar preparada una cosa, normalmente cara o difícil de ser transferida. La promesa es, en todo caso, vinculante, pero en el sentido contractual; es decir, no como una oferta, como en la República Federal. Los remitentes y los destinatarios de la promesa deben ponerse de acuerdo (con la promesa del remitente) en permitir la realización de una declaración de voluntad contractual.

Esta desviación significa, para la institución, una nueva ley aplicable; es decir, no puede ser interpretada como una mera oferta (Terré, Simler & Lequette, 2005, p. 193-195). En Francia, la venta de una propiedad, de una *fonds de commerce* o de acciones —acciones de una compañía u objetos costosos—, debe prepararse mediante la celebración de una promesa de contrato de compra.

La promesa de venta unilateral también proporciona derechos de sucesión, si es posible, para regular el patrimonio en caso de la muerte. Debido a la regulación del art. 1130 C. Civ., el *pacte sur succession future* es nulo, porque los contratos de herencia son, en principio, prohibidos por el derecho francés. La jurisprudencia, sin embargo, se ha orientado mientras tanto hacia la doctrina dominante, de tal forma que no se opone a la efectividad de un plazo fijado a la muerte del promitente en la promesa de compraventa del art. 1130 C. Civ.

Los contratos de exclusividad a menudo contienen elementos de la promesa de contrato de compraventa. Por lo tanto, varios objetos de la prestación se pueden prometer unilateralmente. La *promesse unilatérale d'achat* se aplica —incluso, a menudo— en leyes comerciales (Schmidt, 1982, p. 236).

Pese a lo anterior, es necesario mencionar aquí que no es raro en la jurisdicción romana que las partes del contrato quieran concluir un precontrato, por cuanto ello corresponde a las costumbres generales legales de tráfico. En Francia, las partes tienen la costumbre de concluir un precontrato para, por ejemplo, vender un inmueble, a saber, en la forma de una promesa contractual mutua.⁸⁸ En otros países del sistema jurídico romano, se ha evolucionado a la aplicación del precontrato sobre diferentes áreas del derecho, como el derecho de sociedades, el derecho de arrendamiento, el derecho laboral o las negociaciones corporativas, entre otras cosas.

Pero, ¿se trata tan solo de una costumbre? ¿O los contratos preliminares se terminarán siempre sobre la base de una razón jurídica real? Está claro que se pueden encontrar muchas razones para una cosa u otra, con diferentes perspectivas jurídicas.

En el derecho francés, la función preparatoria del precontrato juega un papel importante, no solo en el derecho civil —y, en particular, en la compra

⁸⁸ Dettmeier habla sobre una distribución regional de esta costumbre. El compromiso es utilizado, principalmente, por los notarios en el suroeste y el oeste de Francia, mientras que la promesa de compra unilateral es utilizada en todo París y en el centro del país (Dettmeier, 1999, p. 159).

de inmuebles—, sino, también, en el derecho comercial; particularmente, en la compra de acciones de empresas o en la compra de compañías. Entre las razones clave para la fuerte proliferación de los contratos preliminares en la ley francesa, están, sin duda, la posibilidad de estructuración tributaria, la compra de empresas y la inauguración de compra de inmuebles.⁸⁹

El efecto real que se ha derivado del principio de consenso dominante en el derecho francés también representa un motivo permanente de la aplicación extendida del precontrato en Francia: el comprador o cesionario debe, inmediatamente en el momento de convertirse en propietario del objeto, y para la conclusión del contrato principal, aplicar un mecanismo para dividir en dos pasos: 1) conclusión y 2) transferencia de cosa. La terminación del precontrato permite no solo la conclusión del contrato principal, sino, también, aplazar sus efectos reales. El carácter no vinculante de las partes contratantes se excluye de la celebración del precontrato.

A. Determinación

Al igual que en Alemania, el *avant-contrat* en Francia es un instrumento para lograr lo antes posible un vínculo legal y de hecho; especialmente, cuando todavía hay algunos obstáculos para la conclusión inmediata del contrato principal en el camino. En general, el *avant-contrat* reúne múltiples funciones, donde juegan un papel las razones económicas y jurídicas.

De hecho, el *avant-contrat* es en Francia una de las principales formas de intercambio comercial entre los individuos en los negocios nacionales, pero también en los internacionales. Permite determinar la garantía de cumplimiento (terminación) del contrato principal y, en consecuencia, también la exigencia de esta garantía. Al mismo tiempo, la aplicación del precontrato permite el acceso al crédito o la prueba de los contratos futuros (por ejemplo, la compra de inmuebles), de la que otros contratos (por ejemplo, préstamos bancarios) pueden derivarse o completarse. El precontrato proporciona a las partes, de conformidad con los respectivos acuerdos y condiciones expresados por la autonomía privada, la posibilidad de establecer una reserva, o bien, de no celebrar el contrato principal (Geninet, 1985, p. 133 ss.).

⁸⁹ Code Général des impôts (2007), art. 1840 y Code de la construction et de l'habitation (2005), art. 261 15.

Las razones para concluir un precontrato o una promesa de contrato fueron analizadas detalladamente en Francia, respecto a la compraventa de empresas, o la *vente de fonds de commerce*. Jurídicamente, el precontrato se justifica con una cierta seguridad jurídica para las pequeñas empresas, que de esta manera pueden adquirir una casa sin cargas (por ejemplo, de obligaciones de alquiler); entonces, el adquirente, paso a paso, puede concluir contratos para alquilar repetidamente una parte amplia del local comercial o de la casa, para poder, a continuación, al final de todo, comprar todo el inmueble o el edificio como una unidad, con la certeza de que no hay carga por parte de un tercero (Geninet, 1985, p. 129).

En general, al precontrato se le adjudica una gran importancia, porque, con el fin de evitar una retirada repentina de cualquiera de las partes, crea un acuerdo de obligaciones y de derechos irreversibles en el contrato.

Entre otros, Esmein ha dedicado una gran parte de los análisis del precontrato en Francia y Alemania a las funciones sistemáticas del Instituto. De él también surge uno de los listados más completos de las funciones del precontrato (Geninet, 1985, p. 167). Por otra parte, según Biquez, el precontrato es muy importante para las relaciones jurídicas en el sector minorista: la democratización del sistema crediticio —es decir, el acceso a los diversos tipos de créditos bancarios con vencimientos largos y, para la gente común, el desarrollo de la “compra condicional”, durante la segunda mitad del siglo XX y los requisitos para un préstamo bancario— había sido utilizada con más frecuencia en el derecho comercial del precontrato (1958, p. 7- 9). La funcionalidad del precontrato se ha dividido por la doctrina en dos aplicaciones diferentes: 1) el *contrat préparatoire* y 2) el *contrat provisoire*.

1. *Contrat préparatoire (contrato preparatorio)*

Así como Leduc, Geninet ve en el *avant-contrat*, principalmente, un carácter preparatorio para el contrato principal posterior, que es la razón de la existencia del precontrato; en este sentido, la doctrina considera al *avant-contrat* un contrato principal parcial, pero con una promesa de contrato definitiva (Geninet, 1985, p. 123).

En la doctrina, lamentablemente, no hay consenso sobre la importancia del *contrat préparatoire* (Malaurie, Aynès & Stoffel-Munk, 2009, p. 225; Ghestin,

1993, p. 315), pero la h.L. asume que se puede considerar el precontrato un *contrat préparatoire*, si tiene el carácter de un contrato principal parcial. A pesar del constante conflicto, es evidente el hecho de que hoy día por *contrat préparatoire* se entiende cada *avant-contrat* en el que la obligación de celebrar un contrato principal se produce, o bien, se puede tratar fácilmente, a través de la opción incluida, como un contrato principal (Geninet, 1985, p. 126).

2. Contrat provisoire (*contrato provisional*)

La h.L. ha entendido los *contrats provisoires* también como una subcategoría de los contratos preliminares y el concepto *contrats temporaires* se ha utilizado como un sinónimo. Para los *contrats provisoires*, existe más el significado económico del concepto general del precontrato en primer plano; ello facilita la formación del contrato con ayuda de los acuerdos preliminares (Geninet, 1985, p. 128).

B. La formación del contrato

De forma resumida, se puede encontrar aquí que las partes finales de la promesa de contrato persiguen varios fines. En primer lugar, quieren —como en el derecho alemán— crear seguridad jurídica para la preparación o por razones jurídicamente vinculantes.

Como Blomeyer, en su momento y más recientemente Bucher y Harker con tanta claridad lo han demostrado (Blomeyer, 1948, p. 271; Bucher, 1998; Harke, 2008) y como ya se mencionó en la parte histórica de este trabajo, los participantes quieren, esencialmente, dividir el contrato principal sinalagmático correspondiente en un negocio de obligación y en un negocio de disposición y, de esta manera, anular el negocio jurídico de la legislación francesa del prevaleciente principio de consenso (Dettmeier, 1999, p. 159). Esto evitará que la propiedad se transfiera de forma inmediata. La aplicación del precontrato, por así decirlo, busca imitar el principio de abstracción.

No obstante, como Harke señaló, de este conocimiento se derivan en los países europeos (que siguen el principio de la tradición o el principio de consenso) muchas variantes diferentes. Estas van desde el aplazamiento de los efectos jurídicos del contrato principal en el precontrato hasta la regulación separada de cumplimiento de contrato principal mutuo (Harke, 2008, p. 350). Para ese

propósito, es necesario, tal vez, insertar una descripción de la problemática, con el fin de entender mejor el significado de estas circunstancias.

El futuro del derecho privado europeo depende, entre otras cosas, de la posibilidad de encontrar un sistema uniforme de transferencia de la propiedad en el derecho de propiedad. Hoy día, hay en la Europa continental tres sistemas diferentes para transferir la propiedad: 1) el principio de causalidad, 2) el principio del consenso y 3) el principio de abstracción (Krimphove, 2006, p. 162; Bucher, 1998, p. 620).

Como Bucher, Dettmeier y, de alguna manera, Harke han indicado, el principio del consenso representa un sistema jurídico complicado para todas las relaciones jurídicas, porque, básicamente, en dicho principio se unen los efectos de obligación y de disposición en un solo acto, y ambos pueden ser válidos o inválidos (Bucher, 1998, p. 621). Bucher también ha hecho énfasis en que el principio de consenso no fue una antigua tradición europea de la ley natural *Grotius* y *Pufendorf*, y tampoco proviene de juristas de la Edad Media, sino, más bien, es una decisión espontánea de los editores franceses del Código Civil (Bucher, 1998, p. 665).

Visto con esta perspectiva, se podría, en primer lugar, ver el principio de consenso, que fue creado por el legislador francés en 1804, “como un accidente de último minuto”, como una causa de preguntas complicadas en las relaciones jurídicas francesas (Bucher, 1998, p. 669). En segundo lugar, es evidente que la modalidad de separación del *avant-contrat* que implica una desintegración del contrato, en una obligación (*promesse du contrat*) y un contrato principal con todos los efectos jurídicos, no fue realmente el objetivo del legislador francés en 1804, sino que lo fue, más bien, una aplicación teleológica del instituto por medio del cual se representaba continuamente la cambiante y compleja jurisprudencia francesa.

De hecho, una sola función del precontrato no sería deseable para un derecho privado europeo futuro. Sobre las cuestiones de derecho de propiedad, este trabajo, naturalmente, no puede ahondar; sin embargo, es de esperar que el modo de transferencia de la propiedad se facilitará de modo muy claro en un ordenamiento jurídico de propiedad futuro en Europa, para que sea seguro que la situación mencionada en Francia no se repita en el resto del ámbito europeo.

Como ya se ha destacado por la doctrina alemana, se establece el principio de abstracción del sistema alemán como el único seguro de los tres sistemas de protección real en el tráfico jurídico (Harke, 2008, p. 352; Stadler, 1996, p. 728 ss.). Pero dichas consideraciones van más allá del objetivo de este trabajo.

Sobre la problemática de la situación actual de riesgo en las relaciones jurídicas internacionales se hablará en el Capítulo III. Para el proyecto sobre la ley de propiedad del DCFR, consulte el Capítulo III (pp. 198-205).

Frontera actual entre el precontrato y otras instituciones

Dado que las declaraciones anteriores sobre el instituto, en particular, deben ser consideradas basándose en su interpretación histórica y funcionalidad, con una perspectiva científica, parece apropiado insertar la siguiente sección, para diferenciar el precontrato de otras instituciones.

Con una perspectiva práctica, no es raro que las partes quieran reunirse durante el periodo precontractual citando distintas instituciones al mismo tiempo que determinados acuerdos en el mismo documento: por ejemplo, un acuerdo de entendimiento, unas instrucciones para proceder (ITP, por las iniciales en inglés de *instruction to procede*) y un precontrato.

Como la delimitación se basa en el objetivo de este trabajo, no se puede remitir a regulaciones especiales (por ejemplo, préstamo de opción de acciones, opciones sobre títulos, privilegios, privilegios en las transacciones en materia de derechos reales, etc.). A continuación se analizan solo las principales diferencias entre el precontrato y otras instituciones del derecho contractual.

Parte 1: Alemania

El precontrato de acuerdo con el derecho alemán debe distinguirse de una serie de instituciones que están en algún lugar entre el inicio de las negociaciones y la conclusión de un contrato.

A. Declaraciones de intención no vinculante

1. *Relación de la negociación del contrato*

Cuando las partes llevan las negociaciones contractuales, entran en una relación jurídica mutua especial. La inclusión de las negociaciones contractuales entre las partes interesadas implica un aumento de las obligaciones de cuidado y de consideración, que, normalmente, se derivan del principio general de la buena fe.⁹⁰ Ni una obligación de negociar ni la de concluir se justifican por la relación de negociación; es decir, cada parte podrá dar por terminadas las negociaciones en cualquier momento, al igual que en el derecho comercial o en el corporativo (Beisel & Klumpp, 2009, p. 15 ss.), pero la ruptura de las negociaciones contractuales puede, excepcionalmente, provocar responsabilidad, desde el punto de vista de la *culpa in contraendo* (c.i.c.).

La doctrina asume que los acuerdos precontractuales son una etapa intermedia entre las negociaciones no vinculantes simples y el contrato principal. Es cuestionable hasta qué punto una parte o las dos partes potenciales del contrato, o, por ejemplo, los distintos miembros en una sociedad, están vinculados por un precontrato o deberían estarlo. La delimitación entre las diversas justificaciones de reclamaciones —desde la c.i.c., puede derivarse de la no ejecución o de la violación de un acuerdo— puede hacerse solo sobre la base de la determinación del vínculo de cada parte al acuerdo precontractual.

a. Acuerdos anticipados y contratos anticipados

La clara distinción entre contrato, simple acuerdo, la negociación del contrato “tratados o protocolos” (Kues, 1994, p. 48; Wenner, 1966, p. 669) o la “puntuación” ha atraído muchas discusiones dentro de la jurisprudencia.

Las negociaciones preliminares describen un determinado periodo, en el que las partes, de acuerdo con sus intereses, a menudo negocian los detalles antes de aceptar el contenido del contrato mismo.⁹¹ Las negociaciones preliminares

⁹⁰ Comparar Decisiones del Tribunal Federal de Justicia en materia civil (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 66, 51.

⁹¹ Ver por ejemplo, Palandt/Ellenberger, Einf. vor § 145 Rn. 8. und 12.

pueden, normalmente, ser abandonadas por cualquiera de las partes, sin ninguna justificación particular.

Las acciones de las partes pueden, antes de la conclusión del contrato, ser de diferente significado legal.

b. Tratado

Los tratados [del latín *tractatus*: tratamiento, que trata de] son discusiones no vinculantes en lo absoluto, que se refieren a la oferta de contrato; es decir, en “si” la oferta puede hacerse, o sobre su posible contenido; es decir, el “cómo” (Henrich, 1965, p. 3). Tratados (también llamados protocolos) son propuestas que no se presentarán, sin intención vinculante, tan solo con el fin de despertar el interés de cualquier otra parte en el contrato y para sondear las posibilidades de negociación (von Hase, 1999, p. 25). En el lenguaje coloquial, el tratado antes se entendía como una negociación para concluir un contrato o para establecer puntos adicionales del contrato; sin embargo, hoy día se habla, en este caso, de puntuaciones, o, incluso, de “relación de confianza cuasicontractual” (Kues, 1994, p. 48).

Si, por el contrario, fueron solo puntos preparatorios individuales sobre los que las partes habían acordado, por medio de determinados contratos irrevocables establecidos, se hablaba de puntuaciones. Incluso, el precontrato se calculaba, pero solo si las partes del precontrato por medio de estos acuerdos determinaban la *essentialia negotii* del contrato principal. Sin embargo, dicho acuerdo podría ser considerado un acuerdo contractual irrevocable, que debe completar un contrato (principal) (Henrich, 1965, p. 101 ff). Las puntuaciones representan un borrador del futuro contrato principal. De acuerdo con el §154 párr. 1, ninguna acción (derecho) puede derivarse de ello. Por el contrario, el precontrato es un contrato real, del cual se pueden derivar acciones o reclamaciones.

Actualmente, es una práctica común en las negociaciones prolongadas fijar por escrito algunos puntos individuales, sobre los que ya existe acuerdo; en tal sentido, una puntuación es el borrador de una para del contrato por escrito, que contiene los puntos principales del último, o, incluso, un precontrato introductorio a un contrato principal. Visto con otra perspectiva, la puntuación se entiende como una fijación por escrito de la situación actual de la negociación (Kues,

1994, p. 57). Este compromiso, sin embargo, se puso en duda en la ley medieval. Por lo tanto, la puntuación se entiende y se denomina como un “precontrato no vinculante jurídicamente”. Las partes no se obligan con la puntuación al final del contrato definitivo, sino que permanecen en la decisión del principio, si en realidad se concluye un contrato libre.⁹² En la práctica, la puntuación fue considerada un borrador del contrato principal, ya que se aplica con el fin de obtener claridad sobre el contrato. Estas son las dos distinciones esenciales entre puntuación y precontrato.

De conformidad con el §154 p. 1, está en duda si un contrato llegó a la conclusión cuando las partes no han alcanzado un acuerdo sobre todos los puntos que necesitan un acuerdo, y ello aplica, en consecuencia, para un precontrato. En ese sentido, *Punktationen* serán las notas jurídicamente vinculantes.⁹³ § 154 párr. 1 frase 2, encuentra también aplicación cuando las partes pueden crear un documento escrito sobre ciertos puntos.⁹⁴ En las relaciones jurídicas internacionales, así como en la literatura alemana, se puede encontrar a menudo la palabra latina “minuta” (von Hase, 1999, p. 26).⁹⁵

Si las partes no concluyen un contrato según las puntuaciones, entonces no hay reclamaciones, pues no hay ningún efecto vinculante. Por lo general, sin embargo, las *Punktationen* representan pruebas ideales para las reivindicaciones de la c.i.c., si las negociaciones del contrato se han roto sin una razón real y perceptible.

En principio, también podría ser posible que las partes ya quieran expresar prematuramente su intención de obligarse, donde establecen, debido a la magnitud y la duración de las negociaciones, un resultado vinculante, que posteriormente se interpreta como parte del contrato principal. No es, pues, un contrato vinculante ni tan solo una puntuación (Beisel & Klumpp, 2009, p. 22). Sin embargo, pueden ocurrir algunas dificultades para distinguir entre estos documentos —a veces, complejos— y el contrato principal vinculante. No pocas veces, diversas

⁹² La puntuación también se entiende como la fijación de un resultado provisional conseguido en el transcurso de las negociaciones contractuales (Bucher, 1979, p. 169).

⁹³ BGH WM 1973, 238 (239).

⁹⁴ El legislador ha querido rechazar expresamente la regulación de interpretación del proyecto de Dresdner del § 82 p. 1, en el BGB, según la cual la puntuación es un contrato vinculante. Ver sobre eso: Mot. I. 163.d

⁹⁵ A partir de la Edad Media. Latino. Minūta, como proyecto de un documento público).

expresiones como Jefes de Acuerdo, usada como base o directiva en la ley anti-monopolio, se usan como sinónimo de puntuación (Henrich, 1965, p. 107).

Lo explicado hasta el momento es suficiente para demostrar que el pre-contrato incluye una obligación de conclusión respecto al contrato principal. Desde el precontrato, el contenido del contrato principal se puede determinar. Sin embargo, para su validez, también es necesario que la determinabilidad del contrato principal se dé en el precontrato.

El tratado se puede asignar a las negociaciones generales. Se documenta el continuo intercambio de las partes sobre cómo deben hacerse en las declaraciones de intención básicas el “sí” y el “cómo” para el contrato.

2. Culpa in contrahendo (c.i.c.) para las negociaciones sobre un precontrato

La *culpa in contrahendo* (c.i.c.) se refiere al incumplimiento culpable de los deberes que surgen de una relación obligacional precontractual. Desde la modernización del derecho de obligaciones de 2002, dicha institución jurídica está regulada en el § 311 párr. 2 en Alemania.

Anteriormente, la doctrina ha reconocido solo dos tipos de responsabilidad: 1) la responsabilidad delictiva y 2) el incumplimiento contractual o no ejecución del contrato. Para llenar el vacío dejado por la distinción entre la ley contractual y la ley delictiva y no permitir que las pretensiones de una de las partes lleguen a nada, la jurisprudencia alemana, de acuerdo con el trabajo de Jhering (1969) ha intentado, básicamente, postular la problemática de la responsabilidad en el periodo precontractual. Las aspiraciones de la jurisprudencia desde 1900 condujeron en 2002 a la codificación del Instituto.⁹⁶

El Instituto de la c.i.c. se analizó desde casi cualquier sistema jurídico occidental y la jurisdicción arbitral internacional también ha reconocido dicho Instituto (Ehrecke, 2007, p. 1 ss.). Por lo tanto, se puede hablar de una responsabilidad cuasi contractual para describir la c.i.c.

El funcionamiento es el siguiente: en el “estadio de las negociaciones preliminares” ya existen obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento en el sistema jurídico alemán puede acarrear reclamaciones de indemnización por daños y

⁹⁶ Comparar: Palandt/Grüneberg, § 311, Rn. 11-59.

perjuicios.⁹⁷ Estas obligaciones no dependen de si el contrato se celebra o no fuera de plazo.⁹⁸ En principio, se basan en la recepción de las negociaciones del contrato, que se consideran vínculo jurídico especial y que, en el sentido estricto, aún no contienen ninguna obligación.

Las negociaciones preliminares pueden ser quebrantadas sin ninguna justificación particular, en principio, por cualquiera de las partes.⁹⁹ Una obligación de resarcir los daños y perjuicios puede surgir, no obstante, si una de las partes rompe negociaciones sin justa causa, después de haber despertado en la otra parte, de alguna manera, la confianza en la celebración del contrato.¹⁰⁰ En cualquier caso, el comportamiento de la parte debe constituir una violación culpable en contra de esta obligación precontractual. El incumplimiento del deber de conducta es requerido, según la jurisprudencia, cuando exista el requisito de una forma de terminación del contrato.¹⁰¹ Como consecuencia jurídica, el incumplimiento de la obligación es solo una reclamación por daños y perjuicios en forma de dinero, que se dirige al interés negativo (Kaiser, 1997, p. 453.).

La reclamación por daños y perjuicios en forma de dinero originada por el incumplimiento de la obligación, se puede entender como la indemnización de un daño extracontractual. La acción es posible en casos especiales, de un contacto que crea confianza de la construcción de una relación obligacional legal, lo que no resulta de un contrato o de otras disposiciones legales. La razón dogmático-jurídica de la c.i.c. es que las negociaciones permiten, sobre la base de que hay confianza de éxito, incluir bienes jurídicos propios desde la etapa precontractual.

Mientras que el precontrato ya es un acuerdo alcanzado por la autonomía de las partes, y que obliga a la conclusión de un contrato principal, la c.i.c. es un hecho jurídico y, por lo tanto, causa de las reclamaciones por daños y perjuicios de cada parte, sobre los gastos incurridos para la planeación del contrato, pero no incluidos en el contrato principal (Ehrecke, 2007 p. 42).

⁹⁷ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 22-28.

⁹⁸ MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 50 ss.

⁹⁹ El principio dominante de la libertad contractual en la República Federal implica también la llamada libertad de no celebrar el contrato. Ver sobre eso, por ejemplo, Heinrich (2000, p. 224 ss.).

¹⁰⁰ BGH NJW 1975, 1774.

¹⁰¹ BGH WM 1996, 1728 = JZ 1997, 467 = ZIP 1996, 1174.

En las negociaciones contractuales fallidas, difícilmente se puede descubrir un precontrato. Pero la c.i.c., que se puede derivar de un precontrato detallado y fracasado, debe tratarse como una c.i.c. normal de un contrato principal. Son posibles también las *constelaciones*, donde las partes del precontrato ya han penetrado el principio de la conclusión de un precontrato, ya que se tienen serias dudas sobre el resultado incierto de las negociaciones en curso. Decisivas serían, sin embargo, no solo las dudas desencadenadas por las negociaciones complicadas, sino, también, las negociaciones en sí mismas y la conducta de las partes durante este periodo.¹⁰²

3. *Pacto de caballeros (gentlemen's agreement)*

Entre muchos otros términos y definiciones diferentes (Reuss, 1955, p. 489), Bahntje explica con mayor precisión la idea de pacto de caballeros: el término “pacto de caballeros significa literalmente un acuerdo entre los hombres de honor. Acuerdo es un convenio resultante de un consenso congruente de voluntades de las partes”. Por el contrario, “contrato” es el negocio jurídico que se puede dar como resultado del acuerdo. “Un pacto de caballeros es un acuerdo no vinculante sustituto de un contrato de las partes, que quieren retirar su acuerdo por diferentes motivaciones tanto como sea posible del sistema jurídico. Quieren únicamente confiar en la palabra del socio, en la promesa expresa o concluyentemente hecha” (Bahntje, 1982, p. 16; 94; 215 ss.).

La característica principal del pacto de caballeros es la imposibilidad de hacer este acuerdo ante un tribunal. Ello ha sido interpretado por la jurisprudencia como que un acuerdo que se produjo entre las partes no tiene que someterse al sistema legal. De los escritos de los tribunales, se puede deducir, sin embargo, que una aclaración del grado de intensidad del vínculo no es fácilmente posible (Bahntje, 1982, p. 91 ss.). Por tanto, los esfuerzos del juez deben centrarse en la identificación de la verdadera intención de las partes (Kues, 1994, p. 52).

Las acciones demandables de exclusión distinguen entre el pacto de caballeros y los contratos en la línea del derecho civil, y ambos también se pueden diferenciar del precontrato (Von Hase, 1999, p. 30). La doctrina internacional general considera procedente la reclamación por el cumplimiento de la prestación

¹⁰² Palandt/Grüneberg, § 311, Rn. 26 ss.

debido a un pacto de caballeros —por ejemplo, una violación de la confianza interna del acuerdo del demandante y del demandado; sobre todo, si, por ejemplo, se ha acordado una confidencialidad—. ¹⁰³ Por lo demás, es frecuente y normal alguna consecuencia jurídica determinada unida a un pacto de caballeros, como, por ejemplo, bajo la llamada *protestatio facto contraria non valet*. ¹⁰⁴

Varios autores hablan de la necesidad de diferenciar entre el grado de vinculación y el pacto de caballeros y es, de hecho, cuando con él se infringen cada vez más la ley o el orden público, e, incluso, las buenas costumbres (Bahntje, 1982, p. 97-110; Liczbański, 2004, p. 34 ff, 41 ff, 108 ss.). Esto puede afectar a diversas áreas del derecho, como la ley antimonopolio, los acuerdos internacionales o áreas de los derechos fundamentales. Por ejemplo, si un grupo hace un acuerdo en un distrito (sitio) en particular, no con ciertas personas (estudiantes, extranjeros, mujeres o desempleados), para concluir ventas, arrendamientos o contratos de servicios, entonces infringe este acuerdo y ello es contrario al principio de igualdad de trato; entonces, sería aplicada la Ley de Igualdad de Trato General, del 14 de agosto de 2006. Como último recurso, sería posible justificar una apelación a la Ley Fundamental y una intervención judicial.

El pacto de caballeros también se utiliza a menudo si las partes pueden concluir un contrato tradicional: por ejemplo, para administrar los negocios familiares o sociales; sin embargo, puede no ser así en todos los casos, o que solo se quiera estar obligado legalmente de una manera mitigada, como sería el caso mediante la firma de un contrato estándar. Este sería el caso de una relación que es, fundamentalmente, contraria a la ley o a las buenas costumbres, como suele ocurrir en la ley antimonopolio, por ejemplo, para conquistar a expensas de la competencia un mercado con una marca seleccionada de un producto.

Desde un punto de vista alemán, existiría una clara violación cuando las partes buscan llegar a un acuerdo consciente de algo ilegal: por ejemplo, el contenido de un contrato, que podría violar los §§ 134, 138, 242 del Código Civil. Fuera del derecho privado, el pacto de caballeros tiene, a menudo, aplicación en el campo

¹⁰³ Es mejor apelar a la buena voluntad, a la conciencia de la solidaridad y a la decencia comercial bajo la amenaza de sanciones de tipo social o económico. Una obligación legal de cumplimiento no deja que se derive, bajo ningún aspecto, el pacto de caballeros (Bahntje, 1982, p. 249).

¹⁰⁴ "La protesta en contradicción de la acción no tiene validez". Comparar Bahntje (1982, p. 108-217 ss.).

del derecho internacional (von Hase, 1999, p. 33.). Sin embargo, los pactos de caballeros son, básicamente, concebibles en cada campo legal.

Como consecuencia de lo enunciado, el precontrato es diferente del pacto de caballeros, ya que del precontrato se pueden derivar acciones y se las puede hacer valer.¹⁰⁵ Las funciones del precontrato son conseguir o concertar un vínculo jurídico o una preparación de contrato. El pacto de caballeros adquiere importancia en cuanto a la consecución de un vínculo no jurídico ni legal, sino moral y honorable. Mientras que el precontrato, con una perspectiva diferente, es un acuerdo temporal de preparación, el pacto de caballeros ofrece ya un acuerdo definitivo entre las partes, que no pretenden otro vínculo contractual nuevo.

4. Carta de intención (L.O.I.)

La carta de intención (en la práctica, abreviada como L.O.I.) se puede designar como un instituto que se encuentra entre la aceptación de las negociaciones del contrato y la celebración del contrato principal final.¹⁰⁶ En Alemania, también se ha impuesto el nombre de “declaración de intención”, ya que implica la designación internacional de declaración de intención, cuyo origen se remonta al sistema legal angloamericano. Sin embargo, no se trata de una institución legal unificada, para la que se puedan identificar claramente los requisitos o las consecuencias jurídicas [es decir, los contenidos típicos, el propósito o ciertos efectos típicos que no pueden determinarse]. Normalmente, es solo la forma de una carta (Lutter, 1998, p. 11.).

La carta de intención encuentra, normalmente, aplicación en ambientes industriales, en proyectos legales o económicos complejos, en los acuerdos de compra de empresas, en acuerdos de fusión, en los tratados de inversión, en las transacciones internacionales de las materias primas o en la concesión de licencias (Von Hase, 1999, p. 27; Schmidt, 1999, p. 599 ss.). Cuando se trata, para las partes, del contrato de dos o más empresas, normalmente la carta de intención señala el inicio de las negociaciones del contrato; fija, también, ciertas condiciones previas, como el secreto industrial o el permiso de la cooperación

¹⁰⁵ Sobre las diferencias entre el contrato con acciones demandables y los acuerdos de caballeros (Reuss, 1955, p. 521).

¹⁰⁶ BGH NJW 1980, 1577; WM 2006, 1499. En este sentido, también: Palandt/Ellenberger, Einf. V. § 145. Rn 23.

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

de los empleados de las empresas involucradas. La carta de intención, por lo general, se refiere a las negociaciones previas entre el remitente y el destinatario. No es raro que la carta de intención contenga, para la compra de la compañía, la prestación del negocio o el precio y la forma de pago, así como la realización de la transacción y la reserva de la autorización. La llamada cláusula de entrega de *Incoterms* de la CNUDMI también se utiliza frecuentemente. En este contexto, no es raro que el remitente se comprometa de manera expresa a no tomar nuevas negociaciones de contrato hasta el acuerdo final. Las partes también acuerdan, normalmente, sobre los anticipos y las obligaciones. Son problemáticos los casos en los que las partes no han hecho acuerdos explícitos sobre esto (Lutter, 1998, p. 42, 43.).

El término carta de intención implica una declaración unilateral de voluntad formulada por escrito.¹⁰⁷ Por lo tanto, el remitente de la carta de intención ya puede cerciorarse de los puntos contractuales esenciales: debido a su forma escrita, es común en los sistemas jurídicos del *Common law*¹⁰⁸ que el remitente no articule la voluntad de vinculación jurídica. Fundamentalmente, no puede ser considerado un precontrato, porque no hay voluntad de vinculación jurídica. En el sentido alemán, de la doctrina del negocio jurídico, se puede entender la carta de intención solo como una *invitatio ad offerendum*.

Desde el punto de vista alemán, el significado de la carta de intención será, por el contrario, acentuado, en la medida en que ciertos riesgos se den en las posibilidades precontractuales en el avance de las negociaciones a un negociador: por ejemplo, respecto al costo de una determinada investigación, de las que, inevitablemente, surgen en el contexto del contrato principal, o para permitir, por ejemplo, la producción de ciertas partes, para posibilitar el ensamble de un coche (von Hase, 1999, p. 28; Weber, 1990, p. 252; Kramer, 2001, Rn. 34). Es algo interesante para probar si una voluntad de vinculación legal del remitente

¹⁰⁷ En la literatura comparada, se puede encontrar en casi cada lenguaje extranjero una traducción de este concepto: "Absichtserklärung", *lettre d'intention*, *lettera di intenti*, carta de intención o *carta de intenções*. La definición práctica del concepto es bastante precisa en el asesoramiento jurídico nacional e internacional, y tanto para el comerciante como para juristas especializados. Dentro del marco de negociaciones comerciales largas y complejas, la carta de intención es, de pronto, el instrumento más conocido. Sin embargo, en cada ordenamiento jurídico extranjero occidental surgen diferentes efectos jurídicos.

¹⁰⁸ Básicamente, a causa de la llamada "*non binding clause*"; comparar, por ejemplo, con: Lutter (1998, p. 37); von Hase (1999, p. 28).

se puede reconocer para la aceptación de los costos de los trabajos preparatorios. Para la interpretación se debe tener en cuenta que ni la aceptación de los costos de los trabajos preparatorios ni la de sus riesgos, en general, pertenecen al ámbito de riesgo del destinatario. En las relaciones jurídicas actuales, ya se reconoció que las modificaciones aceptadas por el destinatario a la carta de intención deben, normalmente, llevar a la conclusión del contrato definitivo (Kramer, 2001, Rn 34; von Hase, 1999, p. 29.). El factor decisivo es la verdadera intención de las partes. Es posible que dos o más cartas de intención se sustituyan en el curso de las negociaciones de contratos prolongadas entre las partes. Se habla, por ejemplo, de “principios”, “principios de acuerdo”, “comprensión”, “memorando de entendimiento” o “acuerdo básico”, entre otros. Pero es claramente inequívoco que se trata de *Punktationen*, a menos que sea reconocida una voluntad de vinculación legal (Lutter, 1998, p. 106; von Hase, 1999, p. 28). No es raro que las partes —y, en particular, el remitente— no tengan conciencia sobre las posibles consecuencias jurídicas de una carta de intención.¹⁰⁹

Se recomienda, aplicar la llamada “cláusula no vinculante” a la carta de intención. En consecuencia, se llevará a cabo, normalmente, si las partes quieren un efecto jurídicamente vinculante o no. Cuando el remitente y el destinatario de la carta de intención más tarde quieran una conclusión de un contrato, serán utilizadas a menudo expresiones como “acuerdo formal por seguir” y, sobre todo, “conforme a contrato” (Kues, 1994, p. 89.).

Carta de intención e *invitatio ad offerendum* se diferencian, de la misma forma, del precontrato. Mientras que el precontrato ya es un contrato vinculante, la carta de intención representa una simple solicitud de una declaración de voluntad; básicamente, una oferta o una promesa de un contrato, entre otras cosas, en el derecho internacional. Se trata tan solo de una declaración no vinculante de la voluntad de concluir un contrato. La carta de intención también sirve como evidencia paradigmática de la c.i.c. (Schmidt, 1999, p. 599).

¹⁰⁹ Si la carta de intención debe interpretarse como precontrato, surgen problemas en relación con los vacíos del contenido en la formación del contrato. Por el contrato, la declaración de intención lleva a que no haya vínculo contractual. Se puede presentar como prueba para la acción de indemnización de daños y perjuicios de la c.i.c. cuando fracasan las negociaciones. Sobre la razón para que exista responsabilidad por la c.i.c., ver Larenz (1975, p. 417 ss.).

5. Instrucción para proceder (ITP)

El instituto de la instrucción de proceder es un contrato de intercambio para conseguir una prestación limitada. Algunos dicen que se trata de una variante de la carta de intención, en la que un determinado problema individual será regulado (Hertel, 1983, p. 1824 ss.; Lutter, 1998, p. 45.), independientemente de que el contrato principal se concluya después.

En la práctica, a menudo sucede que un gran proyecto de varias instrucciones para proceder puede considerarse, sin que al final se concluya un contrato principal. Como ya se mencionó, al contrato principal se lo debe considerar completado durante las negociaciones en un momento determinado. La parte que falta, en caso necesario, debe ser completada según la jurisprudencia por la interpretación complementaria del contrato.

De vez en cuando, la determinación de este momento lleva, sin duda, a dificultades; pero, en el sentido de la ciencia, lo dispuesto en el §154 representa una política favorable (von Hase, 1999, p. 30). En la jurisprudencia alemana, las instrucciones de proceder no se han discutido en profundidad ni en detalle (Hertel, 1983, p. 1824 ss.).

La delimitación entre el precontrato y las instrucciones para proceder (en este contexto, ITP) crea dificultades considerables. Las últimas, a diferencia de las primeras, no son vinculantes. No muy a menudo se produce un precontrato de un intercambio de varias ITP. Una característica de la ITP es su carácter no vinculante, así como el hecho de que su contenido es, a menudo, de naturaleza técnica, y donde las omisiones legales han de ser reguladas más tarde por las propias partes. Por el contrario, el precontrato permite una determinación completa del contenido del contrato principal.

B. Declaraciones de voluntad vinculantes

1. Contrato principal

Como es bien sabido, el contrato (principal) se diferencia del precontrato en que el primero es ya un acuerdo final y definitivo entre las partes. El precontrato es, por el contrario, un contrato temporal, que también puede contener solo una parte de las prestaciones del contrato principal. En el sistema jurídico alemán, el contrato principal tiene prevalencia sobre el precontrato y en tal contexto,

la cuestión de la delimitación entre el precontrato y el contrato principal tiene relevancia jurídica. ¿Hay realmente una razón para firmar un precontrato? Si la respuesta es sí, el juez puede analizar más la existencia de un precontrato, pero, aun si, en su opinión, no tiene sentido que exista, el acuerdo entre las partes debe ser visto como un acuerdo real y definitivo. Por supuesto, el juez debe decidir si existen razones para, necesariamente, actuar con cautela. La autonomía privada y la voluntad de las partes deben tener, claramente, prevalencia (Henrich, 1965, p. 113; Casper, 2005, p. 469).

2. Contrato de opción

Sobre que el contrato de opción y el precontrato, vistos con una perspectiva histórica alemana, son conceptos idénticos, hay acuerdo en la literatura.¹¹⁰ Un buen ejemplo de esto es el “derecho de compra”.¹¹¹ Se podría, probablemente, decir que el contrato de opción se deriva del precontrato vinculante unilateral;¹¹² sin embargo, el contrato de opción tiene hoy día un significado independiente,¹¹³ por lo cual ambos tipos de contrato (pre y contrato de opción) son ahora tratados como institutos independientes y delimitables el uno del otro (Casper, 2005, p. 78 ss.; von Hase, 1999, p. 33 ss.). El contrato de opción es, básicamente, un acuerdo de negocio jurídico que le otorga a una de las partes el derecho a conseguir un contrato principal por medio de una declaración unilateral (Köhler, 1979, p. 468). Mientras el contrato de opción es una posibilidad de negocio dispositivo concedido (el contrato principal se debe colocar de manera precisa en la declaración de opción concedido, que no necesita más explicaciones), el precontrato se adjudica

¹¹⁰ BGH NJW 1990, 1233. Blomeyer (1948, p. 270 ss.) y Henrich (1965, p. 13 ss.). Se habla también de un contrato de opción cuando el demandante hace una oferta de contrato vinculante a largo plazo. Ver también § 148 BGB. Köhler dice que el “ámbito de aplicación [...] del contrato preliminar, del contrato de opción y de la oferta fija [...] no se dejan definir libremente, (el) mas bien se superpone”. Köhler (1979, p. 465).

¹¹¹ BGHZ 47, 387; BGH WM 1971, 44; Larenz (1987 I, p. 87).

¹¹² RG 62, 411; BGH NJW 1990, 1233; sin embargo, existe también la llamada *Überkreuz-Option*, cuando ambas partes pueden dejar que el contrato esté vigente finalmente. En tal caso, el *Überkreuz-Optionsvertrag* sería solo una puntuación. Comparar, por ejemplo, con von Hase (1999, p. 33). Él podría interpretarlo, también, como un precontrato cuando una declaración determinada de ambas partes es obligatoria.

¹¹³ Para un desarrollo preciso de los conceptos, ver, entre otros, Lorenz: él habla sobre opción, acuerdo de opción, contrato de opción, convenio de opción (1987, p. 114 ss.).

solo una obligación de contratar simple (una acción determinada de la declaración de voluntad del contrato principal) (Casper, 2005, p. 80).

En la doctrina actual se nombran ciertos criterios para distinguir entre el contrato de opción y el precontrato.¹¹⁴ Lo que fue expresado por las partes en cada caso se debe determinar por vía de interpretación del contrato. En el curso de la formulación del acuerdo, debe determinarse si una parte se quiere vincular por completo; en otras palabras, si una parte está dispuesta a concluir con la otra inmediatamente o en cualquier momento el contrato. En ese caso, la concesión de un derecho de opción, lógicamente, habría sido la intención. Para hacer un contrato de opción, una de las partes debe tener la posibilidad de llevar a cabo el contrato principal sin mayores explicaciones, e incluso, reclamar directamente la prestación del contrato principal. Una indicación de la existencia de un precontrato existe, por el contrario, en la incertidumbre de los futuros puntos, que necesitan ser regulados en el contrato principal. Si se presentan dudas serias, se debe asumir que se trata del precontrato (Casper, 2005, p. 81.).

Como se puede atribuir al contrato de opción cierta posibilidad de formar opciones de diseño, este podría también utilizarse para realizar cambios, por ejemplo, para la extensión o la reducción de un contrato.¹¹⁵ El contrato de opción no se rige, en general, por el Código Civil. Los institutos de derecho de recompra y de preferencia están regulados en el § 497 o § 504, y fueron interpretados por algunos autores como un género específico del contrato de opción (Von Hase, 1999, p. 34.). De vez en cuando, la denominación de la institución se interpreta como cláusula de confusión —también fue el caso del precontrato—.¹¹⁶ El contrato de opción también puede estar justificado por un contrato precedente requerido, para lo cual la condición es el ejercicio de la opción por la persona con derecho; en ese sentido, el ejercicio de la opción sería una condición potestativa permitida. Kramer señala, sin embargo, lo difícil que es distinguir, caso por caso, entre el precontrato y el contrato de opción.

¹¹⁴ Sobre la comprensión del derecho de opción como una oferta irrevocable fundada contractualmente, ver también: Georgiades (1973, p. 411). Sin embargo, parece que Georgiades, de pronto, quiere justificar el tratamiento teórico diferente del derecho de opción, con una perspectiva práctica relativa a la supremacía y la responsabilidad entre las partes del derecho de opción. Ver sobre eso: Georgiades (1973, p. 419, 421).

¹¹⁵ BGHZ 94, 29 (31), NJW-RR 1992, 20 (212).

¹¹⁶ Al lado de otra figuras: precontrato, derecho de compra, contrato de oferta, derecho de rescate y derecho de compra; comparar: Weber (1990, p. 250). Ver también sobre eso, von Hase (1999, p. 34).

Como ya se mencionó, el contrato de opción se analizará con más detalle en el curso del trabajo, pero solo en la medida en que se lo puede entender como un sistema de contratación forzosa unilateral, o se lo entienda como una promesa de contrato unilateral. Históricamente, el contrato de opción tenía en Alemania un significado especial en ámbitos como los derechos de autor (Allemann, 1954, p. 7 ss.; Brandi-Dohrn, 1967, p. 12 ss.), la ley de patentes, el derecho financiero y el derecho de sociedades (Casper, 2005, p. 125 ss. y p. 38 ss.). Con el fin de crear un requisito europeo aplicable al precontrato en el futuro, se debe ahondar en sus motivos y en qué tan cercana es su relación con el contrato de opción.

3. Contrato de preferencia, de disposición o de derecho y contrato de negociación

Hay otras tres instituciones que también han sido cada vez más limitadas en la ciencia y en consecuencia, manejados.

El contrato de preferencia se diferencia del precontrato en que es el primero en tratar solamente sobre una designación para los contratos en los que una parte contratante podrá decidir la celebración de un contrato principal, de acuerdo con una preferencia que se concedió ante otros intereses contractuales (von Hase, 1999, p. 37). Una verdadera distinción entre el contrato de opción y el de preferencia, lastimosamente, no se puede reconocer.

La principal característica de la preferencia se encuentra, inicialmente, en la obligación de preautorizado a un artículo específico para la venta o el alquiler.¹¹⁷ Una obligación de celebrar un contrato principal existe solo si el beneficiario de la preferencia ofrece las mismas condiciones que las ofrecidas al deudor del otro lado. Esta forma de la preferencia será denominada como potestativa y dilatoria, al mismo tiempo que se la aplica como condición unilateral obligatoria del precontrato.¹¹⁸ Normalmente, sin embargo, la preferencia solo obliga a informar a los beneficiarios de la intención de enajenación o de alquilar, para concederles la oportunidad de armonizar las condiciones (Von Hase, 1999, p. 37).

¹¹⁷ BGHZ 102, 384 (387).

¹¹⁸ NJW-RR 1992, p. 20 (21); von Hase (1999, p. 37).

4. Contrato marco

A través de un contrato marco, las partes fijarán, en relación con los futuros contratos individuales celebrados, los puntos generales del contrato. Si no se ha hecho ningún acuerdo específico en el contrato individual, el acuerdo general del contrato marco encuentra aplicación. El paradigma del contrato marco es el contrato de referencia: por ejemplo, un contrato de adquisición de cerveza o de suministro de cerveza (Koutroumboussis, 1971, p. 55).

El Tribunal Federal Supremo ha dado, en varias ocasiones, puntos decisivos para diferenciar precontrato y contrato marco. Por lo tanto, el Tribunal Federal Supremo ha dejado claro, en una serie de decisiones, que siempre se realiza un precontrato si tras la determinación de la voluntad de las partes respectivas, se deja abierta la necesidad de regular algunos puntos. Estos puntos deben ser aclarados, ya sea entre las partes del contrato principal o por el juez que debe, propiamente, establecer la regulación de estos puntos con ayuda de las normas complementarias de derecho privado.¹¹⁹

Si una prestación o un mandato de la otra parte se han hecho solo en perspectiva, de acuerdo con la comprensión del Tribunal Federal Supremo, puede derivarse, por tanto, un contrato marco. Como el fallo más reciente del Tribunal Federal Supremo ha demostrado, los contratos marco en la industria de la arquitectura y la construcción son comunes. Un contrato marco no observado puede ser la base para una reclamación por daños y perjuicios, incluso si los contratos individuales no se concluyeron.¹²⁰ Un contrato marco no es un verdadero precontrato. Más bien, es un importante contrato principal a partir del que se pueden derivar muchos otros arreglos.

5. Contrato de exclusividad

Un contrato de exclusividad es un contrato por el cual el deudor está obligado a concluir con los beneficiarios contratos individuales, en forma de y de acuerdo con las especificaciones que se han acordado en el contrato de exclusividad. Como compradores o proveedores, el deudor no debe concluir contratos con un

¹¹⁹ BGH BauR 1992, p. 531.

¹²⁰ BGH BauR 1992, p. 531.

tercero (Von Hase, 1999, p. 38). El contrato de exclusividad es un contrato de preferencia que contiene, simultáneamente, un *pactum de non contrahendo cum tertio* (pacto de no contratación con terceros).

Una acción sobre la conclusión de un contrato individual no resulta del contrato marco o del contrato de exclusividad. Ahí radica la diferencia fundamental entre estas dos instituciones y el precontrato (Von Hase, 1999, p. 38).

6. El principal contrato condicional

Un contrato condicional es un contrato cuyo cumplimiento está condicionado al cumplimiento de una o más condiciones. Aunque la doctrina dominante considera complicado hacer una distinción entre el precontrato y el contrato principal condicional (Kramer, 2001, Rn. 50), es claro que la prestación y la contraprestación, así como la identidad de las partes en el contrato principal condicionado, ya se han determinado con precisión por las partes. Su acción principal derivada se refiere únicamente al cumplimiento por medio de un negocio de disposición. Por tanto, no se requiere otra declaración de voluntad de las partes, con el fin de exigir la prestación del contrato para pedir la realización de la condición.

La pretensión primaria correspondiente del precontrato se dirige, sin embargo, a la celebración del contrato principal de obligación. Como se expondrá a continuación, el precontrato deja cierto grado de incertidumbre tanto para el objeto o la prestación del contrato principal como para la identidad de las partes definitivas del contrato. La determinación de los otros elementos del contrato principal corresponde a la interpretación judicial del contrato. La *essentialia negotii* del contrato principal debe ser determinada como mínimo. Por otra parte, el precontrato es ya un contrato celebrado vinculante y no depende de ninguna otra condición; es decir, la acción de celebración de un contrato principal, que se deriva del precontrato, es exigible inmediatamente tras la conclusión del precontrato.

C. En el derecho comercial o mercantil

El significado más antiguo e importante del precontrato en el derecho comercial se puede ver en la preparación del contrato social. Este tema será tratado más adelante. Aquí debe ser suficiente con la referencia a esta última institución como

un verdadero precontrato con ciertas características y no será, por tanto, separada de él.¹²¹

1. Ámbito precontractual para las adquisiciones corporativas

La jurisprudencia se ha ocupado de este tema y ha analizado cada etapa de la responsabilidad de una parte en virtud del derecho de sociedades en detalle.¹²² No pocas veces, las partes establecerán reglas específicas con el fin de seguir con las negociaciones. El objetivo de los acuerdos precontractuales en la fase inicial de las negociaciones es, en principio, la condición previa para la aplicación del tiempo extendido periódicamente de las negociaciones futuras y amplias (Völker, 2003, p. 57). Sucede que no solo la propia empresa puede ser incluida como un objeto del contrato,¹²³ sino que también pueden serlo los derechos intangibles o privilegios; incluso los pasivos de la empresa pueden ser vendidos (Völker, 2003, p. 39 ss.).

Aunque el precontrato, en este contexto, ha sido galardonado con un papel importante, los diversos institutos de los acuerdos previos deben ser delimitados. Estos son, según la jurisprudencia y la doctrina, los elementos necesarios para la determinación del precontrato, que posteriormente se presentará y llevará a cabo, siguiendo las demarcaciones de los acuerdos precontractuales propios de la fase contractual. En el ámbito del derecho de sociedades ya se están aplicando ciertos fenómenos y han adquirido cierta importancia en el derecho alemán y en el derecho comparativo.

a. La empresa como objeto de un contrato de venta

El Código Civil no menciona normas específicas relativas a la compra de la empresa. La jurisprudencia del Reichsgericht (RG) o del Tribunal Federal Supremo ha calificado el contrato de venta de una empresa como un contrato

¹²¹ Por el contrario, y con una diferencia detallada, Herzog (1999, p. 115 ss.) (en particular Rn. 197 y nota de pie de página número 690).

¹²² Por ejemplo, comparar: Berens, Schmitting & Strauch (2008, p. 75 ss.) o Beisel & Klumpp (2009, p. 15 ss. Rn. 46 ss.): *Rechtsbeziehungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs* (Relaciones legales en el periodo previo a la adquisición de la empresa)..

¹²³ Por lo tanto, el legislador ha tratado la empresa como posible prestación de un negocio de compra. Comparar, por ejemplo: §§ 22, 23 HGB; §§ 445, 1822: Nr. 3 BGB; § 32 II AktG. u.a.

obligacional mutuo, en el sentido del § 433 BGB.¹²⁴ Sin embargo, de la transmisión de una empresa pueden resultar complicaciones específicas que obligan a reflexionar sobre la necesidad de contrato de servicio, de contrato de trabajo o de contratos mixtos (Gieseke, 1940, p. 141 ss.). Aceptar que la enajenación de la empresa es una compra simple significa que en un negocio jurídico, a menos que se disponga otra cosa, son aplicables, por analogía los §§ 433 y ss. del Código Civil o la normatividad general de compra. La enajenación de empresa también puede, por lo general, ser considerada una operación comercial bilateral en el sentido del §§ 343 y ss. del Código de Comercio (HGB). Una compraventa mercantil, en el sentido del §§ 373 y ss. HGB, no puede tener lugar, debido a que la empresa no es un título valor ni una mercancía real.¹²⁵ Mientras tanto, la interpretación jurídica de la empresa se ha vuelto tan complicada que la práctica cautelar ha desarrollado algunas herramientas para la adquisición corporativa. Como ya se ha mencionado, incluso un contrato o un precontrato pueden ser eficaces para un negocio complicado, como una compraventa de una empresa, incluso en unas pocas palabras. Sin embargo, las partes harían bien en elaborar claramente sus propios contratos: de lo contrario, el riesgo de disputas complicadas es demasiado grande.¹²⁶

Para la compraventa de empresas, se pueden analizar las diferentes etapas de la responsabilidad precontractual de las partes potenciales. Debido a que muchas circunstancias jurídicas y económicas se deben tener cuenta, una compra de empresa o de acciones es un ejemplo típico de cómo se ejercen los instrumentos precontractuales en la formación jurídica de la jurisprudencia cautelar. Se recomienda diferenciar, desde el principio de las negociaciones, entre el contrato de compra de empresas unificado y los diversos y complejos negocios de cumplimiento (Hommelhoff, 1986, p. 259.). Un proyecto de este tipo debe, por tanto, ser planificado y desarrollado en varias etapas. Las etapas habituales que debe incluir el desarrollo del contrato de la compra de la empresa son: 1) la búsqueda de un comprador o un vendedor adecuados, 2) la auditoría jurídica y económica de la empresa (la llamada revisión de debida diligencia, o la auditoría

¹²⁴ RGZ 63, 57 (60); BGHZ 29, 65; BGH NJW 1959, 1584 (1585); BGH NJW 1971, 653 (655); BGH NJW 1998, 2360 (2360 f).

¹²⁵ OLG München NJW 1967, 1326 (1328).

¹²⁶ BGH, EWIR 1989/1, p. 1069.

de adquisición previa.) (Berens & Strauch, 2008, p. 10), 3) las negociaciones concretas de contratos, 4) la firma del contrato, 5) la ejecución del contrato, 6) la transferencia de la empresa (cierre) (Berens, Mertes & Strauch, 2008, p. 59. y 7) la posterior integración y el control de la empresa (gestión posterior a la fusión) (Berens, Schmitting & Strauch, 2008, p. 94 ss.). Estas diferentes etapas incluyen diferentes principios de responsabilidad y los tipos de asunción de riesgos de las partes.

Por lo tanto, se limita la responsabilidad 2 con antelación de las obligaciones de protección, que puede derivarse del § 311 inc. 2 No. 1-2 y § 241 inc. 2 del Código Civil y puede llevar sus lesiones por medio de una acción de reclamación de daños y perjuicios. Básicamente, los artículos anteriores se pueden formular de la siguiente manera: para la recepción de las negociaciones del contrato o en el inicio de unos contratos, las partes, mutuamente, piden el respeto de los derechos, así como la protección de los intereses de las respectivas partes. Con ello, el deudor no encuentra antes de la conclusión de contrato ninguna prestación principal, sino obligaciones secundarias, en el sentido del § 241 párr. 2 del Código Civil. De esta manera, surge una relación obligacional legal, que obliga a cada parte a la lealtad, a respetar y a aclarar. La violación de estos mandamientos —especialmente, la ruptura arbitraria del contrato— conlleva reclamaciones por daños y perjuicios. Con la sentencia del 02.22.1989, el Tribunal Federal Supremo ha dejado claro¹²⁷ no solo que la terminación del contrato no debe ir precedida de ninguna conducta culpable, sino también, que de la confianza defraudada solo algunas reclamaciones por daños y perjuicios no pueden ser admitidas.¹²⁸ Como no se ha llegado a ningún acuerdo entre las partes, en esta fase de la negociación no puede haber ninguna reclamación contractual.

Una vez una de las posibles partes contratantes ha expresado —por ejemplo, mediante alguno de los instrumentos de las negociaciones de compra de la empresa del derecho estadounidenses, como una carta de intención, una instrucción para proceder o un memorando de intenciones— una declaración de una intención clara, dentro del marco de las negociaciones preliminares, la preparación del contrato alcanza un nuevo nivel, por lo cual pueden derivarse las reclamaciones

¹²⁷ JZ 1991, p. 199; ZIP 1989, p. 514.

¹²⁸ BGH ZIP 2001, 655 (656).

de la c.i.c. Se puede suponer que dichas declaraciones constituyen una cierta carga de la prueba respecto, por el accidente o el inicio del contrato (Beisel & Klumpp, 2009, p. 22 ss. Rn. 70). Sin embargo, como ninguno de estos contornos institutos o significados en el derecho americano o continental fue aclarado, el alcance de la responsabilidad de la correspondiente declaración de voluntad y de la responsabilidad de esta parte debe ser determinado caso por caso.¹²⁹

En el curso normal de las negociaciones, las partes llegan a un acuerdo mutuo. Pueden, entonces, completar, como en la práctica de compra de empresas, un auténtico precontrato mutuo y vinculante, pues también pueden hacer que el precontrato se convierta en contrato principal (Hölters, 2005, p. 56). Los contratos anteriores a la adquisición de la empresa suelen ser acuerdos independientes, de cuyo cumplimiento depende la decisión de celebrar el contrato principal de compraventa (Beisel & Klumpp, 2009, p. 22 ss.). Estos acuerdos pueden ser interpretados como contratos normales y, en consecuencia, su violación o su incumplimiento conducen a las demandas principales o a las reclamaciones por daños y perjuicios.¹³⁰

Sobre lo anterior, ambas partes pueden hacer uso de un precontrato real, si quieren comprometerse a celebrar un contrato principal.¹³¹ Debido a que el precontrato obliga, precisamente, a concluir el contrato principal, hay para la compra de empresa un último paso: la llamada *prueba de la debida diligencia* (Beisel & Klumpp, 2009, p. 24 ss. Rn. 76).

Es obvio que, incluso en casos normales, la determinación requerida de los puntos esenciales del precontrato puede conducir a discusiones complejas en la literatura y en la jurisprudencia. Para la compra de empresas como un caso especial, hay una dificultad en la imposibilidad de ser capaz de determinar las características y los límites de una empresa como sujeto de un negocio jurídico. A

¹²⁹ Comparar: Völker (2003, p. 58 ss.). En relación con la Carta de Intención (sobre la posibilidad de formación de un *Lol's*): Berens, Mertes & Strauch (2008, p. 56 ss.).

¹³⁰ Sobre la problemática de un precontrato para la compra de una empresa, ver también Holzapfel & Pöllath (1992, p. 8-9).

¹³¹ Pueden ser obstáculos para la conclusión del contrato principal, de carácter fiscal, y existir para el adquirente o el vendedor. Ver sobre eso: BFH BStBl 1983, 640, 642. Para la delimitación entre el derecho de opción y el derecho de precompra, ver también: BFH BStBl. 1984, 311. EFG 1988, 475 (Opción de compra y venta de acciones en una empresa) sobre el derecho de primera negativa BFH BStBl 1984, 311. EFG 1985, 501. (Venta de bienes inmuebles)

la empresa corresponde no solo el inmueble, sino también el *good will*, así como, a veces, el precio de las acciones en la bolsa de valores o el crédito con un banco o el *know-how* de sus empleados. En principio, la prueba de la diligencia debida debe determinar los aspectos esenciales que se van a utilizar para la adquisición la empresa, y en los que, normalmente, se puede encontrar una mezcla de compra de cosas y adquisición legal.

b. Preparación de una adquisición de una empresa

Como parte del problema en cuanto a la necesidad de determinar el contenido del precontrato, se deriva una constelación muy especial del derecho de sociedades. Durante el siglo XX, la transmisión de empresas o la enajenación de empresas representan un área separada de las dificultades legales.

La problemática comienza con el propio concepto de empresa. En Alemania, el legislador del Código Civil y del Código de Comercio ha prescindido de una definición de “empresa”. La jurisprudencia del RG y del Tribunal Federal Supremo trató de lograr una aclaración metódica del término.¹³² Pero cabe admitir que, exceptuando la protección de la entidad comercial establecida y practicada y de la responsabilidad por culpa, no se logró ninguna concepción universal válida del concepto de empresa. Sobre esto, ni siquiera la nueva versión del § 14 BGB ha cambiado.¹³³ Es necesario, en este momento de la obra, una distinción real entre la definición de empresas en el sentido del proceso de diligencia debida con el concepto, que se ha postulado en el § 14 del Código Civil alemán por el legislador: el legislador tiene este término, creado para completar el nuevo concepto de consumo del §13. Así, por ejemplo, como empresa en el sentido del §14 BGB, vienen no solo los comerciantes en consideración, sino, también, los trabajadores independientes (con profesiones libres), tales como médicos, abogados, etc. Para el proceso de diligencia debida, sin embargo, estos profesionales no pueden considerarse una empresa, pero su práctica o la firma de abogados pueden ser también objeto de un contrato de venta. Por desgracia, la creación del concepto desde § 14 se considera fracasada (Jauernig, 2009, §14). Para los estudiosos legales, ello

¹³² En la jurisprudencia ha habido grandes esfuerzos para encontrar una solución a este problema. Ver RGZ 1, 247, 252; BGH NJW 1994, 446; BGHZ 95, 330; pero también BGH ZIP 2001, 1874.

¹³³ § 14 es similar al § 84 del HGB. Para diferenciar entre el concepto de empresario y el de comerciante, ver también: Schmidt (2005, 838, 839 ss.).

significa que no se ha establecido, que se la utiliza para determinar la empresa como una unidad empresarial o unidad patrimonial u objeto de enajenación. Por otro lado, la simple idea de la gestión de patrimonio propio no es suficiente para comprender una empresa en su totalidad.¹³⁴

2. La debida diligencia

Con una perspectiva práctica, la complejidad del requisito de determinación de los acuerdos precontractuales dentro del marco del derecho corporativo alcanzó su pico. Este proceso se llama en el derecho estadounidense *debida diligencia*, pero, de acuerdo con la opinión que existe sobre el tema, es muy difícil, con la literatura existente, lograr una definición genuina y uniforme (Beisel, 2010, p. 1-10, Rn. 1-46; Berens & Strauch, 2008, p. 10-14).

Para la compra de empresas o de acciones, el comprador tiene, por lo general, una necesidad de información y de conocimiento frente al vendedor, la cual concierne a los indicadores importantes de la empresa (Beisel & Klumpp, 2009, p. 31). La traducción literal alemana de la debida diligencia es “cumplimiento diligente o cuidadoso”, y abarca desde la fase del inicio de las negociaciones preliminares hasta la conclusión del contrato, en la cual el comprador o su asesor jurídico, económico o fiscal, intentan conocer, tanto como sea posible, acerca del propósito de la empresa.

De acuerdo con la llamada prueba de debida diligencia, los posibles compradores, normalmente, deberían presentar una oferta concreta de compra. En la práctica, las partes logran, a menudo, que acuerdos precisos versen sobre determinadas cuestiones. Estos acuerdos podrán, entre otras cosas, “hacerse en el camino” con la ayuda de una carta de intención, a partir de las instrucciones para proceder, o mediante un precontrato.

Desde el punto de vista jurídico, la debida diligencia persigue, principalmente, dos objetivos: 1) crear confianza entre las partes de la compraventa de la empresa para crear y 2) obtener información acerca del objeto de la compraventa.

Si bien ya existen para el proceso de debida diligencia derechos y obligaciones para las partes eventuales del contrato, es evidente que el precontrato solo puede ser una parte de dicho proceso. Entre otros muchos instrumentos, la

¹³⁴ BGH NJW 2002, p. 368; Pfeiffer (1999, 169, 172).

implementación de una prueba de debida diligencia, puede exigir, por ejemplo, una serie de contratos preliminares, como es el caso de la venta de una empresa enorme, que por su magnitud, genera que la prueba de la diligencia debida se divida en varios niveles. Entre muchos otros instrumentos, la implementación de una prueba de debida diligencia puede exigir, por ejemplo, de una serie de contratos preliminares, como en la venta de una empresa enorme, que hace que por lo general sea necesario, dividir la prueba de la diligencia debida en varios niveles.¹³⁵

Aunque la debida diligencia es, en sí, una etapa previa del contrato de venta de empresa y el precontrato puede representar una etapa de la prueba de debida diligencia, ambas figuras no deben ser confundidas una con otra.¹³⁶ Dentro del marco de la prueba de la debida diligencia, se puede clasificar el precontrato al lado de muchas otras instituciones —por ejemplo, la carta de intención o la instrucción para proceder—, como la posibilidad de formación de contratos jurídicos para celebrar un contrato general o un contrato de compra. La prueba de la debida diligencia, en los contratos preliminares sobre la compra de empresas, puede referirse a todo o solo a una parte del negocio en general, por ejemplo, puede referirse al objeto de la compra del negocio.

En esta constelación, el precontrato mantiene su calidad. En otras palabras, ambas partes se comprometen a celebrar un contrato principal, y ello se puede hacer solo en un precontrato. La siguiente se aplica a esto: se quería obligar solo una parte; entonces, se aplican otros instrumentos para lograr dicho objetivo, como el contrato de opción (Beisel & Klumpp, 2009, p. 24 (Rn. 78).

Para aplicar la prueba de la debida diligencia, hay en cuestión dos figuras diferentes, que deben ser definidas como instrumentos de la práctica cautelar. Estas figuras tienen que ver con la forma de comprender la empresa.

¹³⁵ En el libro *La debida diligencia para adquisiciones de empresas*, de Berens/Brauner/Strauch, se trataron, por ejemplo formas de debida diligencia: Strategic Due Diligence, Financial Due Diligence: (Vermögen, Ertrag, Cashflow, Liquidität und Finanzierung), Tax Due Diligence, Legal Due diligence, Market Due Diligence, Human Resources Due Diligence, Cultural Due Diligence, Environmental Due Diligence, Commercial-Technological Due Diligence, IT Due Diligence, e Intellectual Property Due Diligence.

¹³⁶ Cfr. Berens & Strauch (2008, p.31 ss.) Sobre el concepto, funciones y clases del Due Diligence: el instrumental precontractual y especialmente sobre el precontrato.

a. Compra de empresas (*asset-deal*)

Esta posibilidad también fue llamada sucesión a título particular, transmisión única, sucesión singular, adquisición de activos y pasivos, compra de los activos individuales, compra de la empresa como tal, compra sin entidad jurídica, compra de empresa inmediata o compra de activos. Cuando se habla de adquisiciones corporativas, se hace referencia a la última variante.

En insolvencia empresarial, entra en consideración el *asset-deal*, también como forma de sanear la transferencia (Betteray & Gass, 2004, p. 2318).

Cuando las partes entienden toda la empresa como una unidad para un negocio jurídico, se puede hablar de un *asset deal*. Como cosa u objeto del contrato de compraventa, la totalidad es de todas las empresas pertenecientes o asociadas a los objetos corporales e incorporeales, conectado ello con los que se entienden en el concepto de *good will* en relaciones combinadas, contratos y activos, inmuebles y filiales, empleados y mercancías, (incluso, sus pasivos). Se necesita para realizar el contrato de compra de empresas, se requiere la adquisición de todos los activos que pertenecen y sirven a esa empresa, ya que una empresa no puede ser transferida “como tal” (Beisel & Klumpp, 2009, p. 76).

Cuando la propiedad de la empresa no está en cabeza de una persona jurídica, la ciencia une el proceso del contrato de compra al llamado *asset deal*. Está claro que para el negocio de cumplimiento deben determinarse con exactitud los elementos y los objetos que se transfieren del vendedor al comprador.¹³⁷

b. Compra de acciones (*share deal*)

Cuando el representante de una sociedad es el al adquirente de la sociedad, puede darse una transferencia de todas las participaciones o las acciones de la empresa representada (titular jurídico) al adquirente por medio de la adquisición. El objeto de la compra son solo las acciones del cedente y no los componentes de la empresa (Beisel & Klumpp, 2009, p. 74, Rn. 7).

137 BGHZ NJW 1968, 392 (393); NJW 1994, 133 (134).

c. Adquisición legal

Este fenómeno suele tratarse en virtud del §453 del BGB, como el tema de la adquisición legal. En realidad, el § 453 habla de la compra “de los derechos y otros objetos”.

Esta formulación ha dado lugar a que por medio del §453, en el sentido de la enajenación de una empresa, se consigue una igualdad entre la compra de cosas y la adquisición legal. Ello significa que hay una igualdad de trato entre la compra de empresa y la compra de acciones (*asset o share deal*).

Para la compra de empresa como universalidad de cosas, derechos y otros bienes, se consigue la llamada adquisición en el sentido del § 433 I. Cada tipo de cosas tiene, por consiguiente, distintas aplicaciones de normas. A la entrega pertenecen, también, la instrucción en el manejo del negocio, la notificación de la base de clientes, la abstención de concurrencia, el contrato de arrendamiento, el *good will*, etc. En la práctica, el *asset deal* prepara ya dificultades para delimitar la responsabilidad en caso de vicio o de falsas declaraciones del vendedor. Por lo tanto, las declaraciones de garantía desempeñan un papel destacado en la *asset deal*.¹³⁸

La compra de acciones de la compañía a la empresa que opera la representa una adquisición legal. El cumplimiento del contrato de compra se lleva a cabo con la aplicación de los requisitos correspondientes (por ejemplo, GmbHG § 15 párr. 3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).¹³⁹

El efecto real de la prescripción no es más que el incumplimiento de la responsabilidad, pues no se aplica ilimitadamente, en esencia, sobre la no inexistencia del derecho. De la aplicación correspondiente del §434 en la adquisición del derecho, se desprende que la mera naturaleza de los acuerdos de compra de acciones debe ser posible, pues por medio de ellos se determinan no tanto las circunstancias de los bienes adquiridos, sino, más bien, el contenido de la obligación de la prestación del vendedor. Esto es de importancia para comprender el concepto de la adquisición corporativa en sí mismo y tiene la consecuencia de que no se excluye el cierre del convenio de la calidad en relación con la totalidad

¹³⁸ Por ejemplo: Jauernig/Chr. Berger, §453. Rn. 12-16.

¹³⁹ Jauernig/Chr. Berger, § 453. Rn. 16.

de la cosa, la “compañía”. Es posible, entonces, determinar o fijar las cosas, los derechos y los demás elementos de valor.¹⁴⁰

Según la doctrina mayoritaria, en el §§ 434 y ss. se encuentra una definición incorrecta de “empresa” —de todos modos, solo aplicación—, en la medida en que no es lo suficientemente clara la referencia que hace a la naturaleza de la empresa en el acuerdo entre las partes.¹⁴¹

Sin embargo, la ley no explica claramente en qué medida es adecuada la aplicación de las normas sobre los vicios de la compra de derechos o acciones, ya que, por primera vez en una adquisición legal pura, solo se refiere a una responsabilidad por la verdad.¹⁴²

Para la conclusión de un precontrato en las constelaciones mencionadas, juega un papel importante la determinación del objeto. Para el *asset deal*, es recomendable, según la jurisprudencia cautelar, incorporar declaraciones de garantía. Pero también es determinante que, para concluir un precontrato válido, el objeto principal del contrato principal se determine lo suficiente, o que, por medio de interpretación, sea determinable. Para el cumplimiento de un *share deal* se sigue, normalmente, un procedimiento legal.

d. Formas intermedias

La complejidad de una adquisición corporativa puede lograr un alto grado, de tal manera que las partes del contrato a menudo deben hacer uso de formas mixtas, para permitir una enajenación precisa de la empresa.

En la práctica, hay una serie de “formas intermedias”, que surgen a partir de los elementos y los contornos de las dos formas generales mostradas.¹⁴³ Entre otros modelos, puede llamarse la combinación de dos fases de los *asset* y *share deal*, el modelo de reorganización o segregación empresarial. La organización contractual persigue, por lo general, la optimización de las implicaciones fiscales para las partes del contrato (Beisel & Klumpp, 2009, Kapitel 15, p. 285 ss.).

¹⁴⁰ MünchKomm/H.P. Westermann, § 453. Rn. 20 ss.

¹⁴¹ MünchKomm/H.P. Westermann, § 453. Rn. 21 ss.

¹⁴² MünchKomm/H.P. Westermann, § 453. Rn. 21 ss.

¹⁴³ Comparar, por ejemplo: Berens, Mertes & Strauch (2008, p. 42). Para la administración del portafolio, por medio del cual se puede determinar de qué manera vale la pena adquirir una empresa. Ver también sobre eso: Römer & Groh (2010, p. 648 ss. Rn. 11 ss.).

Por último, cabe señalar que la institución del precontrato aplica, a menudo, posibilidades, caracteriza todo el proceso de adquisición de la empresa. Aunque realizar una adquisición corporativa puede acabar como un *asset deal* o como un *share deal* en una negociación precontractual, se trata, en este caso, de una claridad legal, del concepto de precontrato totalmente independiente del instituto. La designación de un negocio como una cosa materialmente objetiva de una empresa o de una adquisición de acciones no implica una promesa de firmar un contrato principal, que ya ha sido aquí identificado como un constituyente esencial del precontrato. Del mismo modo, esta afirmación corresponde a institutos como la preadquisición o la gestión posterior dentro del marco de la debida diligencia.

No es raro, sin embargo, el llamado *signing*, o *closing*, un tipo de precontrato por el cual las partes se comprometen a concluir varios contratos o un contrato principal. Qué tipo de precontrato existe bien podría, caso por caso, decidirse judicialmente. El hecho determinante para identificar un precontrato es la obligación de concluir otro contrato (principal), que puede ser reclamado como una pretensión.

3. Joint ventures

También cuando, a primera vista, aparece alguna delimitación entre el tipo de título del contrato y el precontrato a primera vista —o una que, por lo menos en principio, no sería necesaria—, entonces la complejidad y la duración de las negociaciones preliminares de dicho contrato, en el tiempo y en su alcance, pueden ser tan pronunciadas en la práctica —y, con frecuencia, en la literatura— que no es raro confundir esta institución con el precontrato. Por lo tanto, aquí debe hacerse una definición precisa de este tipo de contrato y una simple distinción.

El contrato de *joint-venture* es un contrato de cooperación cuya característica fundamental es la colaboración de compañerismo de al menos dos empresas jurídica y económicamente independientes y cuyo objetivo es la total (o parcial) coordinación de las funciones corporativas para promover la competitividad de estas partes.¹⁴⁴ Normalmente, los acuerdos se refieren a todas las áreas de la

¹⁴⁴ Comparar, entre otros: Kessler (1999, p. 192 ss.). Para diferenciar el contrato de *joint-venture-vertrags* de otros contratos diferentes, ver también: Bong-Eui Lee (2000, p. 6 ss.). También, Kuhn (2006, p. 12 ss.).

compañía o de las sociedades involucradas, pero el proyecto siempre determina los campos de actuación o las funciones de cada una de las partes.

Las diferencias entre el precontrato y el contrato de *joint venture* se dejan analizar con diferentes perspectivas. Inicialmente, el contrato de *joint venture* debe tener, al menos, una empresa o una sociedad como parte contratante, mientras que el precontrato puede celebrarse entre dos individuos. Para, por ejemplo, lograr un equilibrio adecuado en el mercado, también puede ocurrir que varias partes celebren un contrato de *joint venture* (Kessler, 1999, p. 192 ss.).

4. Declaración de patronato

La declaración de patronato (también llamada carta de conciencia) es una figura frecuente en la práctica económica en Alemania, Francia y, sobre todo, Suiza. Como casi cada instituto analizado, la declaración de patronato no está codificada. Más bien, se trata de una práctica común en el campo del sistema crediticio. Por medio de una declaración de patronato, una sociedad matriz dice —o bien, conduce a ello— un respaldo financiero o medidas protectoras por parte de una institución de crédito en la concesión de un crédito a su filial. Esto se interpreta también como una simple documentación de la “buena voluntad” de la sociedad matriz. Por lo tanto, dicho tipo de promesas entre la sociedad matriz y la filial también se conoce como “declaración suave de patronato”. En estos escritos, sin embargo, no hay pretensiones de cumplimiento del banco en relación con la sociedad matriz (Rippert, 1982, p. 68 ss.; OLG Karlsruhe, 1992, 2088, 2090). De acuerdo con la jurisprudencia alemana, la declaración de patronato fuerte es un contrato *sui generis*, que se puede interpretar como un contrato falso para los terceros; a saber, los deudores de su filial. A través de esta declaración, la sociedad matriz se obliga a proveer la filial con la liquidez. La declaración de patronato puede, de acuerdo con el §§ 311 párr. 1, § 241 del BGB, párr., ser analizada.¹⁴⁵

Dependiendo del estado de las cosas, puede ser necesario que sea dada la información correspondiente a la sociedad matriz dentro del marco de un contacto comercial con un banco. De acuerdo a la h. M., eso justifica adoptar un contrato de información concluido tácitamente. Si la sociedad matriz concede información incorrecta o falsa sobre la sociedad filial, entonces cabe considerar

.....
¹⁴⁵ Rüßmann (2006, p. 61).

una reclamación por daños y perjuicios por incumplimiento positivo del contrato, toda vez que en este contrato, la información suministrada se toma en consideración.¹⁴⁶ Como —no obstante esa manera de la falta de voluntad— la sociedad matriz se ha asesorado con la ayuda del banco, se evalúa como baja la aplicación de las acciones derivada de la c.i.c. para una declaración de patronato. Sin embargo, esto debe ser examinado y decidido caso por caso.¹⁴⁷

De acuerdo con la literatura más reciente, se puede, como ya se ha dicho, distinguir entre una declaración de patronato “suave” y una “dura” (La Corte, 2006, p. 22). Hoy día, las declaraciones de patronato duras justifican las obligaciones contractuales de la sociedad matriz en contra de los acreedores de la filial. Después, la primera está obligada, a proporcionar a la última los recursos financieros necesarios para el pago de la deuda (Rüßmann, 2006, p. 23 ss.). La doctrina actual sugiere que las declaraciones duras de patronato serán consideradas una “forma especialmente construida de la garantía” (Rüßmann, 2006, p. 23 ss.). En el periodo precontractual, posiblemente, ocurren preguntas que pueden causar un grado de confusión entre el precontrato y la declaración de patronato dura; de ello se ha ocupado La Corte (La Corte, 2006, p. 33). Por supuesto, la distinción entre las dos instituciones es obvia. La declaración de patronato es la garantía de un contrato principal, que puede justificar, de vez en cuando, un vínculo para la sociedad matriz. El precontrato, sin embargo, es un contrato real y autónomo, que se puede ejecutar. Bien cierto es que la declaración de patronato dura puede ser interpretada como un garantía precontractual; así mismo, se debe analizar en detalle hasta qué punto genera responsabilidad precontractual para el patrón (La Corte, 2006, p. 33).

Otros términos que deben diferenciarse del precontrato son 1) el *derecho a comprar*, que ahora es, sin duda, ambiguo, y 2) la *adquisición de los derechos*, que podría ser, en parte, atribuible a un precontrato o a un contrato de opción, o por un contrato de venta diferido contingente. En realidad, esta pregunta no

¹⁴⁶ Decisiones del Tribunal Federal de Justicia. Der Bundesgerichtshof (BGH) WM 1958, 297; 1958, 1080; 1960, 660; 1962, 1110; 1969, 37; 1974, 685 (686).

¹⁴⁷ Canaris (1971, p. 352, 364 ss.) Esto deriva de la cautela principal del acreedor, d. h. Depende de cada acreedor asegurarse lo suficiente.

será debatida en la discusión científica, sino a través de su interpretación en los tribunales.¹⁴⁸

Hasta el momento, se ha expuesto que el precontrato solo tiene una función real en el sistema jurídico alemán como un instrumento de la jurisprudencia cautelar y a favor de la seguridad jurídica para las partes o para la preparación de un contrato principal. Además, el precontrato también tiene una gran importancia como medio de elaboración contractual.

Parte 2: Francia

El precontrato, de acuerdo con el derecho francés, no solo se distingue de una serie de instituciones que están entre el comienzo de las negociaciones y la firma de un contrato principal: también se diferencia de un cierto tipo de contrato que, entre otros, puede desplazar las consecuencias jurídicas del contrato principal.

*A. Los *pourparlers* (negociaciones preliminares)*

Las simples negociaciones preliminares (*pourparlers*) son el resultado de una reflexión de las partes y un indicio de la intención, conocida por cada parte, de celebrar el contrato previsto (Geninet, 1985, p. 199).

Aquí cabe distinguir entre las *pourparlers informels* y las declaraciones, que se hacen con una intención (Geninet, 1985, p. 198). Los *pourparlers informels* tienen lugar durante una fase en la cual las partes entran en una relación y en la que pueden definir sus propios intereses y posiciones. Un hecho conocido es que la jurisprudencia alemana ha tenido influencia en la doctrina francesa, para la cual el tema es relativamente nuevo (Geninet, 1985, p. 200).

Durante los años ochenta del siglo XX, Schmidt introdujo una cierta claridad en el debate sobre la delimitación de los acuerdos precontractuales (Schmidt, 1974, p. 49).

Ya para la etapa de las negociaciones preliminares, debe suponerse que las partes se adhieren a ciertas obligaciones como la honradez y la lealtad. A partir de esto, la sanción de “incumplimiento” o el cumplimiento viciado pueden derivar

¹⁴⁸ Decisiones del Tribunal Federal de Justicia. Der Bundesgerichtshof (BGH) NJW 90, 1233; BGHZ 47, 387; BGHZ 71, 280.

de estas obligaciones.¹⁴⁹ En consecuencia, la doctrina hoy habla de *diligentia in contrahendo*, lo cual significa que la primera y principal obligación de la parte negociante es la lealtad: la obligación de *comporter loyalement* (comportarse lealmente) (Morin, 1980, p. 11).

Las negociaciones implican ciertas obligaciones para cada una de las partes. El concepto general francés de culpabilidad se puede utilizar con el fin de evaluar el comportamiento de cada parte y establecer la responsabilidad de la parte a causa de una posible infracción de estas obligaciones. La jurisprudencia y la doctrina ponen en el derecho civil, en general, una imagen humana basada, equivalente a la de un hombre prudente, diligente y racional que siempre actúa de buena fe; en el derecho romano, se refieren a buen padre de familia, pero su responsabilidad debe ser distinguida de la responsabilidad del empresario.¹⁵⁰

El incumplimiento de la obligación de lealtad tiene, en realidad, dos variantes: o bien, 1) el contrato se realiza con base en información falsa, que fue comunicada durante las negociaciones, o bien, 2) la violación consiste en la terminación abusiva de las negociaciones preliminares. La primera deficiencia debe corregirse por la declaración de nulidad del contrato, y la segunda, por el artículo 1382 del Código Civil;¹⁵¹ es decir, con ayuda de una figura normal de delito. La doctrina no está de acuerdo sobre si se puede reclamar como un cumplimiento de una ejecución judicial de la celebración del contrato, o si solo podrá demandarse por daños y perjuicios. Una reclamación de la conclusión del contrato contra la otra parte, la cual se ha comportado deshonestamente, no tendría sentido.

Aquí también se debe indicar que, según la doctrina francesa, cada hecho necesario y suficiente de celebración de un contrato debe obtener el consentimiento de cada parte. Este consentimiento es un acto voluntario, que no puede ser ejecutado (Geninet, 1985, p. 31).

El concepto de buena fe (*bonne foi*) incluye, en este periodo, muchas obligaciones complicadas y específicas. De acuerdo con el sistema jurídico francés, estas deben ser descritas por la doctrina y por la jurisprudencia.

¹⁴⁹ Com. 20 mars 1972; Schmidt (1974, p. 52 ss.).

¹⁵⁰ La mala fe o la negligencia se produce como idea comparativa del autor con un "hombre normalmente cauto, diligente y de buena fe". Ver sobre eso: Mercadal & Janin (1974, p. 28).

¹⁵¹ El texto de la prescripción señala: "Cualquier hecho del hombre, que cause otro daño, obliga a aquel por cuya culpa ha llegado, a repararlo". Véase también: Schmidt (1974, p. 51).

Hasta ahora, está claro que los negociadores deben evitar cualquier acto desleal, deshonesto o fraudulento. Se deben aceptar, además, todas las condiciones del contrato futuro: por ejemplo, el secreto del *know-how* o una posible quiebra de un socio financiero de las negociaciones, así como las circunstancias para, por ejemplo, aceptar una ciudad en particular como la sede de las negociaciones (Geninet, 1985, p. 205; Schmidt, 1974, p. 54).

Después del análisis de estas negociaciones generales, relacionadas con las obligaciones de lealtad, Carbonnier, incluso, ha hablado de la presunción de un “*avant-contrat* tácito”, a través del cual las partes del precontrato se garantizan mutuamente la lealtad y la cooperación durante las negociaciones. Esta idea también se podría sostener más adelante en la doctrina. Por tanto, este *avant-contrat* sería el llamado “acuerdo provisional”, del que solo se pueden hacer valer las reclamaciones por daños y perjuicios. El precontrato es un contrato preparatorio del contrato principal, que el reclamante puede hacer valer ante los tribunales (Geninet, 1985, p. 213).

Más tarde, Carbonnier sugirió clasificar estas negociaciones como un “*quasi contrat de pourparlers*”. “Esta sería la base de una equidad [Justicia] legal derivada y provisto de una garantía con un límite”. Nadie se puede retirar arbitrariamente de las negociaciones. Josserand ha hablado, para justificar los daños y perjuicios a favor de la parte perjudicada, de actos ilícitos (Josserand, 1939, p. 127 ss. Rn. 88 ss.). Después de la década de 1970, también se ha hablado de las obligaciones de la lealtad y la *diligentia in contrahendo*, que también lleva consigo una responsabilidad: la *responsabilité civile délictuelle*.

Sin embargo, los daños causados en el periodo precontractual deben subsumirse en las disposiciones generales del derecho sobre delitos (Geninet, 1985, p. 217; Schmidt, 1974, p. 107). El incumplimiento de las obligaciones simples de las negociaciones también encaja, en principio, en las normas del derecho de delitos (Geninet, 1985, p. 218; Schmidt, 1974, p. 54).

No obstante lo anterior, es cierto que esta obligación general tiene su base en el artículo 1134 del C. Civ. Según tal disposición, la liquidación de la deuda debe ser llevada a cabo de acuerdo con el principio de buena fe.

En resumen, se puede decir que mientras las negociaciones no son obligatorias y pueden conducir al contrato principal o al precontrato, el precontrato es en sí mismo un contrato puramente obligatorio e independiente, cuyas prestaciones,

incluso, deben ser pedidas ante el tribunal (Geninet, 1985, p. 201). El *avant-contrat* es una forma contractual de la celebración del contrato (principal). Él es parte de la celebración del contrato definitivo. Los métodos de la celebración del contrato son muy diferentes, por lo que debe hacerse una distinción entre el método que se deriva del *avant-contrat*, y los otros métodos que no se pueden deducir de esto (Geninet, 1985, p. 196). Mientras que el *avant-contrat* es una obligación —a saber, la *obligatio contrahendi*—, las negociaciones generales y simples solo producen una *diligentia in contrahendo* (Geninet, 1985, p. 215 ss.). Las negociaciones terminan con la fecha en que se concluye un acuerdo cualquiera, o con un contrato.

B. El compromiso de honor

La idea del compromiso de honor es difícil de clasificar en el ordenamiento jurídico francés. Básicamente, la idea de “compromiso de honor” coincide con el “acuerdo de caballeros” y otras formas del código de conducta (Geninet, 1985, p. 218-220.). El compromiso de honor es sinónimo del término inglés pacto de caballeros. En la sociedad francesa, el honor ocupa un lugar especial: el respeto a la palabra dada se considera deber de honor; también es una cualidad esencial de la persona, como si fuera un requisito previo para poder vivir en sociedad (Oppetit, 1979, p. 279; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 227).

El compromiso de honor es, básicamente, “no vinculante”. Al igual que en la legislación alemana, la función esencial del compromiso es ser un instituto *suppletives* de la ley, cuando los miembros de una familia no quieren acordar nada realizable, o bien, si los acuerdos comerciales han de ser concluidos con prontitud.

Las reclamaciones ejecutables deben mantenerse excluidas de estos acuerdos.¹⁵²

Para Oppetit, es obvio que ciertos acuerdos no pueden invocarse ante un juez. Este es un elemento necesario, pero no suficiente, para la identificación de un compromiso de honor o de un pacto de caballeros. Según la doctrina francesa, son situaciones de hecho un compromiso de honor y un acuerdo en el círculo de

¹⁵² Para el compromiso como un “evento legal”, ver también Barré (1995, p. 88 ss. y 157 ss.)

amigos o en la familia para regular ciertos derechos y obligaciones, aunque no quieran pedir esto a un tribunal (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 229).

En consecuencia, la distinción entre las dos instituciones —precontrato y compromiso de honor— es, en principio, la misma. La pregunta en el derecho francés es si de un compromiso de honor se deriva una obligación que puede ser ejecutada frente al tribunal; es decir, si del deudor puede pedirse el cumplimiento de esta obligación.

Para la opinión predominante, este tipo de acuerdos conducen a obligaciones que alcanzan calidad jurídica. También deben ser legalmente exigibles. De la discusión del tema se han cristalizado otras preguntas: por ejemplo, ¿pueden y deben transformarse las obligaciones morales que surgen de un compromiso de honor en una obligación contractual simple? Ese es uno de los problemas clásicos del Código Civil francés: ¿se trata, para el deber moral de los individuos, tan solo sobre una idea de representación de forma legal de las obligaciones naturales? (Ripert, 1949, p. 379-384; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 230 ss.).¹⁵³

La obligación natural es una parte de las obligaciones civiles; es decir, las obligaciones legales (deuda contractual, etc.). Al igual que con este tipo de deuda, una deuda demostrable es la obligación natural. Esto significa que cuando la obligación se considera natural, también es una deuda jurídica y simple con responsabilidad y cuando ya ha sido pagada, el deudor no puede exigir el reembolso.

El pago de esta obligación natural es válido y eficaz de acuerdo con el ordenamiento jurídico francés.

Para la doctrina dominante, el compromiso de honor crea como un acuerdo, que, mínimo, incluye una obligación natural, y técnicamente considerado como las obligaciones precontractuales y legales que pueden hacerse valer ante los tribunales (Geninet, 1985, p. 227; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 233 ss.). En cuanto a la aplicación del instituto, la doctrina ha reconocido la gran influencia del derecho anglosajón. Muchos se han referido René David y, en particular, a su análisis de la sentencia de la jurisdicción británica de 1925 en el asunto *Rose y Frank contra Crompton Brothers* (Geninet, 1985, p. 223-236; *Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros. Ltd.* [1924]). Por fin, ha llegado a ser evidente que, por

¹⁵³ Esta instrucción señala: "Cualquier pago presupone una deuda: lo que se ha pagado sin vencimiento está sujeto a repetición. No se permite la repetición con respecto a las obligaciones naturales que se hayan pagado voluntariamente".

fuera del compromiso de honor, no se puede derivar ninguna obligación legal. Las deudas derivadas del *avant contrat* siempre son, sin embargo, obligaciones legalmente exigibles. Por el contrario, no son del compromiso de honor. Desde el punto de vista del honor, está mal visto si el acreedor presenta una acción derivada de un compromiso de honor ante la jurisdicción.

Otro punto importante es que, si bien el honor y la palabra dada (es decir, la palabra dada por el deudor) en el derecho francés son fundamentos del contrato, que puede acarrear consecuencias jurídicas no exigibles frente a un tribunal, y derivadas de las obligaciones asumidas de un compromiso de honor completado, el verdadero significado del acuerdo es, simplemente, el cumplimiento del acuerdo entre los ciudadanos privados y, como tal, no realizable. Incluso en la práctica de la *Lex Mercatoria*, esto se ha entendido (Geninet, 1985, p. 235).

Aunque para el Tribunal de Casación y algunos jueces mercantiles y civiles el compromiso de honor recibe una cierta exigibilidad, es evidente que, en principio, no sea exigible desde el punto de vista jurídico francés. La tarea del juez no radica en ejecutar el compromiso, sino, más bien, en ayudar a las disposiciones imperativas: por ejemplo, en la legislación laboral o de la aplicación social de la justicia. Por tanto, el compromiso de honor, de este modo, ofrece la base perfecta para no pactar contra el orden público. Así pues, los tribunales laborales franceses tienen ciertos compromisos de honor, pero no les han concedido ninguna fuerza ni efecto, por contravenir el orden público.

Desde la decisión de 1873, cuando el deudor ha entrado en bancarrota, debe cumplir la promesa cuando se recupere. Es decir, cuando la solvencia del deudor se ha restaurado, deben ser pagadas las deudas y las obligaciones que se determinaron y se probaron suficientemente en el procedimiento de quiebra. Normalmente, esto se debe hacer de forma individual, en función de la interpretación de la voluntad de las partes y de las circunstancias. La jurisprudencia francesa ha interpretado una promesa como un compromiso de honor (Geninet, 1985, p. 238-239).

En el curso de la interpretación, se ha tenido, incluso, la discusión sobre el significado real de la cláusula “*subject to contract*” para un compromiso de honor. Es posible que se hagan aplicables las acciones de una parte de los compromisos antes el juez. Pero también es un tema que ha sido regulado por el artículo 12, inc.

2 del Código de Procedimiento Civil.¹⁵⁴ La jurisprudencia debe respetarla para la conclusión del acuerdo, respetar las intenciones de las partes, independientemente de cómo las partes se han referido al acuerdo. El juez solo debe determinar si las declaraciones unilaterales o bilaterales mutuas infringen o no el derecho exigible.

Al igual que en la legislación alemana, el incumplimiento de la obligación natural que se haya derivado de un compromiso de honor será punible por la imposición de ciertas sanciones financieras o políticas comerciales contra deudores deshonestos.¹⁵⁵

Independientemente de la importancia jurídica del caso, el castigo por el incumplimiento de la palabra dada tiene un valor en sí mismo. En Francia, se habla de “incumplimiento de la garantía única de la obligación: la palabra honesta” (Geninet, 1985, p. 235).

Ahí radica la mayor diferencia entre el compromiso de honor y el *avant-contrat*: mientras se produce el *avant-contrat* por las “obligaciones sancionadas” por tribunales nacionales o por otros laudos arbitrales, del compromiso de honor surgen solo obligaciones, que son, generalmente, inaplicables. Sería realizable un compromiso de honor cuando se contradice el orden público o cuando se da por la imposibilidad subjetiva del cumplimiento del deudor y en este ámbito sería superado.

C. La carta de intención

Es difícil encontrar una definición común de “carta de intención” en la legislación francesa (Geninet, 1985, p. 246; Barré, 1995, p. 1; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 237 ss.). Debido a que, en principio, la carta de intención recae en el ámbito de “ningún derecho permanece”, una parte considerable de la doctrina ha equiparado el derecho aplicable del compromiso de honor con el derecho de la carta de intención (Pevtchin, 1979, p. 52; Barré, 1995, p. 82). Esto se atribuye al problema de la obligación moral o civil en el sentido francés: con el fin de adaptar el concepto de la carta de intención a las circunstancias actuales, se sienta separadamente la doctrina con el problema si la carta de intención debe justificar

¹⁵⁴ Code de procédure civile. Francia. Artículo 12-2. C. du Pr. Civ. “Debe dar o restaurar su calificación exacta a los hechos y los actos en disputa sin detenerse en el nombre que las partes habrían propuesto.”

¹⁵⁵ El llamado *Downrating* ya es un instituto reconocido en el derecho francés. Ver en el sentido del *engagement d'honneur*, también a Barré (1995, p. 285).

obligaciones morales, o, también, las civiles. El interés, incluso, puede repercutir en el derecho comercial y, por lo tanto, está unido, conforme al Código Civil, a la problemática del compromiso de honor (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 238).

Sin embargo, en la legislación francesa no solo se debe distinguir la idea general de la carta de intención: también hay que hacerlo con el alcance y con las consecuencias legales.

Una nueva definición de la carta de intención, que pueda abarcar una variedad más amplia, no es posible, debido a las diversas limitaciones de la doctrina. Dado que la aplicación de la letra en la práctica francesa está unida no solo a la conclusión del contrato principal, sino, también, a la financiación de los acuerdos de dicho contrato (principal), se ha complicado la comprensión de la letra. A ello se suma que la letra también puede ser entendida como una garantía personal y como una obligación principal (Barré, 1995, p. 7-8; Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 241 ss.).

En general, la doctrina hoy día considera que la carta de intención es como una “técnica contractual” (Barré, 1995, p. 111). El intento de asignar el contrato o la oferta no fue bien recibido, y no podrá ser acreditado como razonable. En la literatura reciente, solo hay dos características que encuentran aplicación a cada carta de intención y, por lo tanto, puede ser útil para crear una definición.

La primera característica es el uso de una terminología muy restrictiva: en este caso, el término “intención” es decisivo.¹⁵⁶ La heterogeneidad del fenómeno de la carta de intención puede ser subsumida bajo el término “intención”.¹⁵⁷ Por lo tanto, en el derecho francés, se puede hablar de un esquema típico en el ámbito de la carta de intención (Barré, 1995, p. 5).

La segunda característica es el uso de la cláusula, ya acordada lo más precisamente posible, que surge, por lo general, de la negociación de una parte. De esta manera, el marco para el contenido de la carta será trazado en una etapa temprana y facilitará, de ese modo, las negociaciones entre las partes. Requisito importante de una letra de intención, según la ley francesa, es una prudente cautela. Cuanto

¹⁵⁶ Sobre la importancia y el concepto de voluntad (*l'intention*) en la carta, ver también: Barré (1995, p. 54).

¹⁵⁷ O sinónimos, como *confort, patronage, de soutien, de responsabilité, de parrainage, de support, de confirmation, de recommandation, de présentation ou d'introduction y de bonne fin et d'apaisement*, también serán utilizados, en general, en el sistema jurídico francés. Ver sobre eso: Barré (1995, p. 57).

más minuciosamente examinadas y cuidadosas sean las formulaciones, tanto mejor es evitar lenguaje jurídico (Barré, 1995, p. 5-6).

Vale la pena añadir que es necesario en el derecho francés, como en el alemán, que el remitente envíe la carta al destinatario. Sin embargo, hay opiniones según las cuales no hay formalidades necesarias para la letra, ya que en el contexto francés la letra se entiende como un contrato. (Barré, 1995, p. 112 ss.). Es cuestionable, sin embargo, si las partes o el remitente de la carta quieren tan solo una obligación moral o, también, una obligación civil. De acuerdo con la doctrina, debido a la diversidad de la letra, la determinación y el descubrimiento de la verdadera voluntad de la parte respectiva deben ser tarea del juez (Barré, 1995, p. 6). La cuestión de la intención real del remitente de la carta ha existido por mucho tiempo en Francia. Debido a que ni en la doctrina o la jurisprudencia francesas ni en el comercio internacional dominan la claridad real ni la sistematización de los conceptos respecto a dicho instrumento, se ha eliminado del propósito real la aplicación de la carta de intención en la práctica francesa (Barré, 1995, p. 7).

Sin embargo, estas discusiones no tienen importancia decisiva para el trabajo. Vale la pena destacar, que si bien se encuentran actualmente definiciones precisas sobre la carta de intención en la doctrina francesa,¹⁵⁸ la comprensión general de dicha carta es más útil que su diferenciación específica en las áreas de derecho bancario, derecho corporativo, derecho de la construcción, etc. Por lo tanto, el hallazgo importante está conectado a que las consecuencias jurídicas de la carta de intención en las diferentes áreas, gracias a la influencia de la jurisprudencia, se han convertido en diferentes.

De acuerdo con la legislación francesa, la carta de intención no puede ser un contrato,¹⁵⁹ ni una declaración unilateral de voluntad puede ser legalmente vinculante (Barré, 1995, p. 86). El nivel de compromiso del emisor de la *lettre* debe ser determinado de acuerdo con un análisis detallado de las cláusulas de las *lettres* individuales. La existencia de los plazos, los pagos, los intereses, así como las cláusulas relativas a un préstamo, a una prestación o un negocio, las promesas o declaraciones de conformidad, el reconocimiento de una simple obligación de

¹⁵⁸ Por ejemplo, el "mecanismo triangular" en el derecho financiero o de sociedades; ver Barré (1995, p. 36).

¹⁵⁹ Aunque ciertas tendencias en la doctrina de la carta de intención quieren presentar características contractuales, está claro que, incluso tras la entrada de la carta al receptor, no hay ninguna armonía de la declaración de voluntad (Barré, 1995, p. 75).

actuar [*clauses faisant naître une obligation propre de faire*], las cláusulas de garantía personal [*les clauses faisant naître une sûreté personnelle*] y las penas contractuales en caso de incumplimiento tienen, por supuesto, un papel importante (Barré, 1995, p. 149-150). Desafortunadamente, se cree, por lo general, que la letra no debe tener una fuerza legal real. Las letras pueden, dentro del marco de las negociaciones, ser determinadas, para establecer el contenido del contrato principal; también sirven como base para una reclamación por daños y perjuicios, debido a una “*négociation de mauvaise foi ou sur sa ruprute brutale*”.¹⁶⁰

Hasta el momento, está claro que la aplicación de la obligación natural en derecho comercial no es muy útil. Las personas jurídicas del derecho comercial y los comerciantes exigen una rápida solución de las relaciones jurídicas y de la seguridad jurídica (Barré, 1995, p. 66). Pero eso no quiere decir que pueden ser ignorados por las partes, sino, simplemente, que la obligación natural podría, eventualmente, convertirse en un obstáculo de importancia para un derecho contractual europeo. Las condiciones del contrato no pueden ser tan flexibles como para que, en cada tipo de carta de intención, la jurisprudencia deba crear un nuevo modelo.

D. La puntuación

La puntuación en el derecho francés se compone de varios “acuerdos sucesivos”. Tiene sus orígenes en los derechos alemanes (Geninet, 1985, p. 275-276). La interpretación de la puntuación está concebida como una “negociación contractual”; es decir, la puntuación es una forma de resumir y fijar por escrito los puntos principales del resultado de las negociaciones (Geninet, 1985, p. 275-287). Normalmente, la puntuación debe regular un punto final del contrato principal.

Un solo acuerdo podrá establecer algunas obligaciones, que deben ser respetadas durante las negociaciones. Sin embargo, la puntuación no puede crear la obligación de celebrar un contrato principal.

La puntuación y el precontrato son dos técnicas para permitir que se haga un contrato. Ambas figuras se diferencian, sin embargo, por sus efectos: la puntuación es un compromiso, de una de las partes, para mantener determinadas circunstancias o para cumplir con ciertas condiciones; pero la obligación no es

¹⁶⁰ Paris, 13. Déc, 1984, Rev.trim.dr.civ 1985, p. 97; Mousseron, Guibal & Mainguy (2001, p. 238-244).

tan fuerte como la de un precontrato: por medio de la promesa, el beneficiario tiene una reclamación por la celebración del contrato principal.¹⁶¹ De acuerdo con la promesa de contrato sinalagmática, las partes se obligan a un resultado (una obligación de resultado). Por el contrario, según la puntuación, también llamada *negociaciones contractuales*, las partes están obligadas solo a permanecer en el objeto de la puntuación de las negociaciones (Geninet, 1985, p. 295 ss.).

E. El acuerdo de príncipe

El acuerdo de príncipe es la obligación contractual de realizar una oferta o continuar una negociación en curso, para celebrar un contrato cuyo objetivo ha sido, principalmente, determinar en parte un contrato, o que, por lo menos, no es suficiente para la formación de este. A través de dicho acuerdo, se crea una obligación contractual, sobre la base convenida de negociar de buena fe (Ghestin, 1993, p. 316 und 318).

Aunque un compromiso de príncipe, sin duda, no es el contrato final, sí crea obligaciones contractuales a las partes. Puede suceder que las partes interesadas, en cuanto a las obligaciones asumidas, se hayan hecho cargo de su cumplimiento, pero su acuerdo se mantiene incompleto, debido, por ejemplo, a que la aclaración de preguntas adicionales se pospondrá. Por el contrario, puede ser que, en el caso de que la etapa de conversaciones preliminares, el acuerdo aún no haya sido superado, y, por tanto, a los interlocutores no los une ningún acuerdo contractual.¹⁶²

F. La oferta

La promesa unilateral de contrato se diferencia de la simple oferta y de la solicitud en que la promesa de contrato es un contrato y, en ese sentido, presupone dos declaraciones de voluntad unánimes o coincidentes: la del promitente y la del beneficiario (Aubert, 1970, p. 27-29). Es mucho más que una simple oferta. A través de la naturaleza contractual, la promesa contractual será jurídicamente vinculante. En el derecho francés, este no es el caso entre el oferente y el destinatario de una oferta (como sí lo es en el derecho alemán), ya que, por la doctrina

¹⁶¹ Soc. 24 mars 1958, J.C.P. 1958, II, 10868; Rieg (1974, p. 593 ss.).

¹⁶² Soc. 24 mars 1958, J.P.C. 1958, II, 10868; Civ 3e, 16 avr. 1973; Bull.Civ. III, n. 287, p. 207; Sur l'absence de formation du contrat projeté Civ. 3 e, 2 mai 1978; D. 1979, 317.

francesa, la promesa unilateral se equipara con la oferta y la *levée de l'option* (ejercicio del derecho de opción) del destinatario es interpretada como la aceptación de nivel contractual (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 329).

En el derecho francés, la oferta es considerada expresión de una voluntad verdadera, vinculante y precisa (*volonté doit être réelle, ferme et précise*) de la conclusión de un contrato (Schmidt, 1982, p. 13), pero no es vinculante ni realizable.

La promesa de contrato se diferencia también de la llamada *policitación*, que corresponde a la *invitatio ad offerendum* en el derecho alemán. Mientras que la promesa de contrato es un contrato, la policitación se trata de una invitación a una persona cercada determinada (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 329). La delimitación entre las promesas mutuas y la oferta es relativamente problemática, en la medida en que la primera es un contrato y la última, tan solo una declaración unilateral de voluntad (Schmidt, 1982, p. 297 ss.).

G. El contrato marco

La *Cour de Paris* ha usado la afirmación *contrat-cadre* en ciertas decisiones.¹⁶³ El contrato marco es un acuerdo sobre ciertos elementos en los contratos futuros, que son la razón de acuerdos detallados posteriores. Con el contrato marco, se busca fijar las reglas más importantes, para que en el futuro los contratos de aplicación (*contrats d'application ou d'exécution*) puedan ser concluidos con rapidez (Geninet, 1985, p. 359).

El contrato marco no garantiza una acción para finalizar un contrato principal. Es muy común que la cosa, el precio o muchos otros elementos en el contrato marco sean todavía indeterminados (Geninet, 1985, p. 367). El contrato marco, normalmente, es aplicable en la doctrina francesa como una promesa unilateral de contrato. La opción podría ser ejercida, simplemente, por la solicitud de un determinado producto (Geninet, 1985, p. 381). La característica principal sería que la mayoría de opciones se pueden justificar a través de un contrato marco.

¹⁶³ Paris, 26 janvier 1966, D. 1966. p. 294.

H. El contrato principal

Una delimitación del contrato principal y de la promesa de contrato, basándose en el texto del art. 1589 del Código, es difícil de realizar. Las discusiones sobre la diferenciación entre el *pactum de negotiando*, el *pactum de contrahendo* y la *convention* en el ámbito contractual y entre la *obligatio faciendi* y la *obligatio contrahendi* sobre el nivel de deuda, no son, al final, precisos ni pertinentes.¹⁶⁴ Según Planiol, se puede distinguir entre las promesas de contrato unilaterales y el contrato principal. La delimitación se hace, en principio, de manera análoga a la que existe entre el contrato de opción y el contrato principal en la legislación alemana.

La comprensión del precontrato como contrato principal en los términos del art. 1589 será analizada más adelante, en el capítulo 2, respecto a los objetivos de este trabajo. La comprensión de la promesa de contrato unilateral, como un contrato de opción, no es nueva en la legislación francesa (Schmidt, 1982, p. 263 ss.).

Resumen

Después de la demarcación del instituto, hasta el momento se ha aclarado en torno a qué gira el presente trabajo. Se trata del precontrato, entendido como instituto de la jurisprudencia cautelar y la formación del contrato. Las instituciones ya definidas del precontrato no son tradicionalmente establecidas en los códigos europeos civiles domésticos. Ellos son parte de la jurisprudencia cautelar y se originan en el sistema del *Common Law*, como la carta de intención o la instrucción para proceder. En general, el contrato de opción y el contrato de preferencia pueden ser vistos, también, como precontratos vinculantes sobre los cuales pueden encontrar aplicación las regulaciones legales de precontrato. Un carácter jurídicamente vinculante del precontrato podría significar aquí una mejor comprensión de la totalidad de instrumentos de la jurisprudencia cautelar, en el sentido de que las situaciones y las consecuencias legales se ajustan a cada acuerdo preliminar por

¹⁶⁴ Schmidt escribe, aludiendo también a Boyer, que la diferencia con el error de consentimiento (consentimiento) del contrato principal podría tener que ver para efectos de la promesa consensual. Por otro lado, podría recurrir para la diferenciación del cumplimiento de las formas para los contratos principales solemnes (necesidad de forma). El art. 1589 es parte del código (Schmidt, 1982, p. 298 ss.; Henrich, 1965, p. 26).

la partes. Aquí, sin embargo, es importante tomar en cuenta que el precontrato, a pesar de que es un instrumento de la jurisprudencia cautelar, tradicionalmente se ha consagrado en las legislaciones nacionales europeas. Los códigos civiles de Austria, Suiza, Italia, Francia, España, los Países Bajos y Portugal incluyen normas sobre el precontrato o sobre la promesa contractual.¹⁶⁵ En la Unión Europea, la responsabilidad y la seguridad jurídica de cualquier acuerdo o de cualquier declaración de voluntad no vinculante deben ser medibles.

Parte 3: Resumen de comparación jurídica del capítulo

A. Precontrato como un fenómeno de la libertad contractual

Ambos sistemas jurídicos se basan en el principio de la libertad contractual. Esta puede ser utilizada por las partes, no solo para concluir los contratos principales, sino, también, para concluir cualquier forma de acuerdo preliminar que contenga la obligación de concluir un contrato (el principal) como prestación. El carácter jurídicamente vinculante de este hallazgo respecto al precontrato o al *avant-contrat*, entendido como *pactum de contrahendo* de acuerdo con la investigación jurídica, no trae ningún cambio respecto a su admisibilidad.

B. El reconocimiento legal y el desarrollo pretoriano del precontrato

Históricamente, el legislador alemán ha optado por una consolidación del precontrato en el BGB, (“todo o nada”, principio del BGB). Las funciones, las situaciones y las consecuencias jurídicas del instituto se desarrollaron constantemente aún más a través del reconocimiento en la práctica por la doctrina y, particularmente, por la jurisprudencia. En primer lugar, cabe señalar que en Alemania, en cuanto incumbe al desarrollo del precontrato, fue tomado y continuó por la jurisprudencia y la doctrina un camino especial, a diferencia de los países del sistema jurídico romano. Tras la adopción del Código Civil, la doctrina trató de adaptar la institución a la normativa vigente del Código Civil (Henrich, 1965, p. 76 ss.; Hase, 1999, p. 58-59). Aunque la jurisprudencia alemana ha determinado que la autonomía privada sería una razón suficiente para justificar una teoría del

¹⁶⁵ Wabnitz, incluso, ha citado una “frase internacional” de Crome (1962, p. 145 ss.).

precontrato, y que ni siquiera es necesaria una disposición sobre esto, el nuevo § 311 puede ser interpretado como un intento de una consolidación del precontrato.

En Francia, se ha conceptualizado un reconocimiento legal del precontrato en el Código Civil: la promesa de contrato de compra equivale al contrato de venta en sí. Independientemente de la coherencia interna de esta norma con la estructura del Código Civil, este instituto ha sido formulado de forma errónea, proporcionando más confusión que claridad (Mousseron, Guibal & Mainguy, 2001, p. 327). Hoy día, en Francia, la discusión gira en torno al precontrato como un instituto científico y como renuncia al análisis de la consolidación jurídica confusa de la promesa de contrato de venta en el art. 1589 C. Civ. El análisis de la figura jurídica abstracta “promesa de contrato” se ha concentrado cada vez más, para los requisitos de las partes del contrato, en el postulado de *Liberté contractuelle* [La libertad contractual]. Desde un punto de vista técnico-jurídico, dicho problema es para tener en cuenta en la cuestión de las posibilidades de armonización jurídica del precontrato. El sistema jurídico alemán no incluye ninguna disposición real del precontrato y hay en Francia una legislación confusa al respecto; así pues, acá surge la pregunta: *¿Cuáles elementos del precontrato tienen que ser considerados para la configuración de unas normas europeas adecuadas?*

C. Funcionalidad

Las dos funciones conocidas y generales del precontrato en el sistema jurídico alemán son: 1) lograr previamente al contrato específico un vínculo jurídico, delante de los obstáculos fácticos o jurídicos del contrato principal (*pactum de contrahendo*) y 2) facilitar la preparación del contrato principal. Ello ocurre no solo en el caso de un objeto complicado, sino, también, porque las partes pueden obtener seguridad jurídica, o la información o la confianza y convenir paso a paso lo buscado en el contrato principal (*preparatorium pactum*).

Estas funciones se llevan a cabo en Francia por medio del precontrato, en el sentido estricto. En Francia, el precontrato cumple, en el sentido estricto, la promesa de contrato unilateral o sinalagmática; además, la función de un primer paso (como negocio de obligación) sobre la asignación de contratos conmutativos (compra, intercambio), que inmediatamente transfieren la propiedad. En otras palabras, estos dos tipos de promesas derogan el principio de consenso dominante

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

en los negocios jurídicos y deben asegurarse de que las partes del precontrato tengan seguridad jurídica mediante la separación de los negocios jurídicos de un contrato principal.

Esta función como elemento (situación de hecho) de un contrato, que ha aparecido a través de la historia de la jurisprudencia francesa para el precontrato, tiene que ver con las características derogables del art. 1589 C. Civ.: técnicamente hablando, no es derecho obligatorio ni una implementación de la intención del legislador.

El contrato de opción y el contrato de preferencia se encuentran en los dos ordenamientos jurídicos institutos unánimes, que tratan las mismas funciones.¹⁶⁶

D. Conclusiones del capítulo

El precontrato no debe ser comparado en la ley con el contrato principal: eso sería devaluar la identidad del precontrato en una ley civil europea. Del precontrato se desprende una relación jurídica obligacional, como consecuencia evidente de la libertad contractual y del poder de la autonomía jurídicamente vinculante. No es tarea de la ley, sino de la doctrina, discutir más sobre estos términos. El legislador debe limitarse a lo esencial: establecer las condiciones y las consecuencias jurídicas del instituto. La jurisprudencia y la doctrina de los dos países analizados requieren, para la existencia de un precontrato, directrices especiales y específicas, que, a continuación, deben ser examinadas en detalle.¹⁶⁷

Referencias

- Allemann, R. (1954). *Begründung und Übertragung von Rechten an Werken der Literatur und Kunst* (tesis doctoral). Universität Zürich, Zürich.
- Aubert, J. L. (1970). *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Paris: Sirey.
- Bahntje, U. (1982). *Gentlemen's Agreement und Abgestimmtes Verhalten* Königstein. Königstein Athenäum.

¹⁶⁶ La funcionalidad, que fue determinada por el ejercicio de la opción del derecho, es, en ambos ordenamientos jurídicos, igual. Ver Casper (2005, p. 468 ss.); Mignot (2008, 1,7-8).

¹⁶⁷ Para las condiciones de validez del negocio jurídico y del contrato, ver Larenz (1937, p. 78 ss.).

- Bar, C. von, Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, definitions and model rules of european private law, draft common frame of reference (DCFR)*. Munich: Sellier. Recuperado de https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
- Barré, X. (1995). *La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire*. Paris: Dalloz
- Baudry-Lacantinerie, G., & Saignat, L. (1908). *Traité théorique et pratique de droit civil, de la vente et de l'échange, troisième édition*. Paris: Dalloz.
- Beisel, D. (2010). *Due Diligence, Beck'sches Mandatshandbuch*. München: Hrsgs. von Beisel und Andreas.
- Beisel, D., & Klumpp, H. H. (2009). *Der Unternehmenskauf* (6.^a ed.). München: C.H. Beck. 2009. Berens/Schmitting/Strauch. (2008). Funktionen, Terminierung und rechtliche Einordnung der Due Diligence. En *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*. Stuttgart: C.H. Beck.
- Berens-/Strauch. (2008). Herkunft und Inhalt des Begriffes Due Diligence. En *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*. Stuttgart: Editorial. C.H. Beck.
- Berens/Mertes/Strauch. (2008). Unternehmensakquisitionen. En *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen* (p. 23). Stuttgart: C.H. Beck.
- Bernstorff, C. G. von. (1998). *Vertrags-, Kauf-, Handels und Gesellschaftsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Ein Praxishandbuch*. Stuttgart: Bundesanzeiger.
- Betteray, W. & Gass, W. (2004). Vorverträge, Asset Deals und Unternehmenskaufverträge in der Insolvenz, BB, 2004, 2309.
- Biquez, C. (1958). *Les promesses de vente de fonds de commerce*. Caen: Diss.
- Blomeyer, A. (1948). La promesse de vente vaut vente. En Hans-Peter Ipsen (Ed.), *Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag: 14. Juni 1948* (pp. 269-304). Hamburg: Rechts- und Staatswiss.
- Bong-Eui, L. (2000). *Die Beurteilung von Forschungs- und Entwicklungs-gemeinschaftsunternehmen im europäischen Kartellrecht*. Frankfurt-am-Main: Peter Lang.
- Brandi-Dohrn, M. (1967). *Der urheberrechtliche Optionsvertrag* München: Beck.
- Brasseur, P. (2002). Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit compare. En *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Paris: Dalloz.
- Brüggemann, D. (1968). Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages, *Revista Juristische Rundschau*, 201: Mohr Siebeck.
- Bucher, E. (1979). Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages. En Eugen Bucher y Peter Saladin (Eds.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag* (pp. 169-195). Bern/Stuttgart: Haupt Verlag. Recuperado de http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/21.pdf

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

- Bucher, E. (1985). Für mehr Aktionendenken. *Revista Archiv für civilistische Praxis*, 186 tomo Referat an der Zivilrechtslehrer Tagung in Passau vom 30. 9. 1986, 1 (publicación de la ponencia del profesor).
- Bucher, E. (1998). Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: das Woher und Wohin dieses Modells des Code Civil, _Revista *Zeitschrift für das europäische Privatrecht, ZEuP*.
- Bucher, E. (2004). Zu Europa gehört auch Lateinamerika! *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*: 515-547.
- Call, G. (1972). Zur Bestimmtheit der “wesentlichen Stücke des Vertrages”, insbesondere beim Vorvertrag zum Kauf, Festgabe für Arnold Herdlitzka. Author hrsg. von Franz Horak, München, 44.
- Canaris, K. (1971). *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C.H. Beck
- Carbonnier, J. (1995). *Droit civil, les obligations, T. 4, 19*. Edition. Paris: Dalloz,
- Kommentare. Casper, M. (2005). *Der Optionsvertrag*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Catala, P. (2005). *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*. Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Paris. Recuperado de http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- Code de la construction et de l'habitation. 2005.
- Código Civil Alemán. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Ausfertigungsdatum: 18.08.1896 Código Civil Francés. Ley del 21 de marzo de 1804.
- Collart-Dutilleul, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*. Paris: Dalloz.
- Cour de Cassation Chambre Civile 3. Audience publique du mercredi 17 janvier 2007. N° de pourvoi: 06-10442. Publié au bulletin Cassation.
- Cour de Cassation Francia. Boulettine des Arrêts. Chambers civiles. III. No. 39. 1992. p. 22 Cour de Cassation Francia. Boulettine des Arrêts. Chambers civiles. III. No. 449. 1982 p.335 Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 june 1977.
- Degenkolb, H. Zur Lehre vom Vorvertrag, AcP, 71, 1887, 1.
- Deshayes, O. (2008). *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats, in L'avant-contrat, Actualité du Processus de formation des contrats*. Amiens: collection CEPRISCA, Ed. Puf
- Dettmeier, M. (1999). Das einseitige und das beiderseitige Kaufvertragsversprechen. (tesis doctoral) Universität Köln, Köln.
- Ehrecke, T. R. (2007). *Die haftung wegen abbruchs der vertragsverhandlungen im grenzüberschreitenden rechtsverkehr - auf der grundlage des deutschen, französischen, englischen und un-kaufrechts*. (tesis doctoral) Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

- Engelhardt, H. (1984). Das Schreitern von Vertragsverhandlungen, JZ, 933.
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ). [Decisiones del Tribunal Federal de Justicia en material civil].
- Ferid, M. & Sonnenberger, H. (1994, 1986). *Das französische Zivilrecht, Bände I und II*. Heidelberg: Springer.
- Fikentscher, W. & Heinemann, A. (2006). *Schuldrecht* (10ª ed.). Berlin: De Gruyter.
- Flume, W. (1992). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*. Berlin: Springer.
- Gauch, P. (1991). Von den wesentlichen Vertragspunkten, *Zeitschrift Recht*, 45.
- Gehrlein, M. (1997). Das Zusammenspiel vorvertraglicher Ansprüche und einer Haftung aus culpa in contrahendo, *VersR*, 928.
- Geiben, N. (2007). *Der Vorvertrag im internationalen Privatrecht*. Frankfurt am Main: Mohr Siebeck.
- Geninet, M. (1985). *Théorie générale des avant-contrats en droit privé* (tesis doctoral). Université Panthéon-Assas, Paris.
- Georgiades, A. (1973). Optionsvertrag und Optionsrecht, *Festschrift: Libro Homenaje a Karl Larenz*. München: Editorial Beck.
- Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. AGB-Gesetz. Ley de regulación de condiciones generales de 1811.
- Ghestin, J. (1993). *Traite de Droit civil, La formation du contrat* (3.^a ed.). Paris: Direction de Jacques Ghestin.
- Ghestin, J. (2006). *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: Dalloz.
- Gieseke, P. (1940). Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, FS. Festschrift Heymann, tomo. II, Weimar, 112.
- Grigoleit, H.C. (1997). *Vorvertragliche Informationshaftung, Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. München: Beck.
- Grimaldi, C. (2007). *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherche sur les sources de l'obligation*. Paris: Defrénois.
- Grundmann, S. (2000). Das Thema Systembildung im Europäischen Privat- Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht. En Stefan Grundmann (Ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Harke, J. V. (2004). Casum sentit dominus? *Orbis Iuris Romani*, (9), 33.
- Harke, J. V. (2008). Vertragsversprechen und Übereignungsmodus, Zur Rolle der Vorverträge in den romanischen Rechtsordnungen, *revista RabelsZ*.
- Heinrich, C. (2000). *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*. Tübingen: Springer.

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

- Henrich, D. (1965). *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss*. Berlin: W. de Gruyter.
- Henrich, D. (1999). Unwiderrufliches Angebot und Optionsvertrag: eine rechtsvergleichende Betrachtung. En Reinhard Zimmermann (Ed.), editor, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (pp. 207-218). Heidelberg: C. F. Müller.
- Henssler, M. (1994). *Risiko als Vertragsgegenstand*. Tübingen: C.H. Beck.
- Herzog, N. (1999). *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*. Zürich: Diss.
- Hölters, W. (2005). *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*. 6. Aufl. Köln: Beck Online D.E.
- Holzapfel/Pöllath. (1992). *Recht und Praxis des Unternehmenskaufs*. 6. Aufl. Köln: C.H. Beck
- Hommelhoff, P. (1986). Der Unternehmenskauf als Gegenstand der Rechtsgestaltung, *Revista ZHR*.
- Huet, J. (1996). *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux* (2.^e ed.). Paris: Direction de Jacques Ghestin.
- Jauernig, (2009). Zitat als Jauernig/--- 13. Edición. München: Mohr Siebeck.
- Jhering, R. (1969). *Culpa in contrahendo*, Bad Homburg v. d. H.,
- Josserand, L. (1939). *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2. Aufl. Paris: Dalloz,
- Junker, Kamanabrou. (2002). *Vertragsgestaltung*. München: Springer.
- Kaser, M. (2008). *Römisches Privatrecht*. 19. Aufl. München: C.H. Beck.
- Kessler, (1999). Steuerinduzierte Kooperationshemmnisse bei internationalen Joint Ventures, *Internationale Joint Ventures: Mangement-Besteuerung-Vertragsgestaltung*. Stuttgart: Schaumburg (Hrsg.).
- Kilian, W. (2008). *Europäisches Wirtschaftsrecht* (3.^a ed). München: C.H. Beck.
- Köhler, H. (1979). Vorvertrag, Optionsvertrag und Festofferte. *Juristische Ausbildung (Jura)*, 465-470.
- Koutroumboussis, G. L. (1971). *Die vertragliche Verpflichtung zum Vertragsschluss nach deutschem und griechischem Recht*. Berlin: Diss.
- Kramer. (2001). § 145. En Kurt Rebmann, Franz Säcker y Roland Rixecker (Eds.), *Münchener Kommentar zum BGB Tomo 1: Allgemeiner Teil-Allgemeines Persönlichkeitsrecht* (tomo 1), (4.^a ed.). München: C. H. Beck.
- Krimphove, (2006). *Das europäische Sachenrecht*. Köln. u. a.: EUL Verlag.
- Kron, E. (1971). *Pactum de contrahendo im Völkerrecht*. Universität zu Köln, Köln.
- Kues, P. (1994). *Vereinbarungen im Vorfeld eines Vertrages*. Konstanz: Hartung Gorre Verlag Konstanz.

- Kuhn, A. (2006). *Kooperative Aspekte von Gemeinschaftsunternehmen im Europäischen Kartellrecht*. München, u.a.: Mohr Siebeck.
- La Corte, N. (2006). *Die harte Patronatserklärung, Zugleich ein Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtsprechung*. Berlin: Duncker & Humblot
- Lando, O. & Beale, H. (1995). *The principles of European Contract Law (PECL), prepared by the Commission on European Contract Law*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers.
- Lando, O. (2004). A global commercial code. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 50.
- Larenz, K, Wolf. (2004). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Aufl 9. München: C.H. Beck.
- Larenz, K. (1937). *Vertrag und Unrecht*. Hamburg: C.H. Beck.
- Larenz, K. (1975). Bemerkungen zur Haftung für “culpa in contrahendo”. En Festschrift para J. Ballerstedt, Berlin: Mohr Siebeck.
- Larenz, K. (1987). Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., München: C.H. Beck.
- Larenz, K., & Canaris, K. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a Edición. Berlin u.a.: Springer.
- Lautenbach, v. E. (2002). *Latein-Deutsch: Zitate-Lexikon*. Berlin u.a.: Mohr Siebeck.
- Leonhard, (1929). *Das Schuldrecht des BGB, Allgemeines Schuldrecht des BGB*. Band 1. München: Oertmann.
- Liczbański, T. J. (2003). *Die nicht rechtlich bindende Vereinbarung in den internationalen Beziehungen. Eine theoretische und praktische Abgrenzung* (tesis doctoral). Universidad Libre de Berlín, Berlín.
- Lorenz, S. (1997). *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*. München: Springer
- Lurger, B. (2002). *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*. Viena: Springer.
- Lutter, M. (1998). *Der Letter of Intent*, 3.edición, Colonia: Springer.
- Mainguy, D. (2005). *LexNex Juris classeur civil code*, Mars Fasc. 10
- Mainguy, D. (2008). *Contrats Spéciaux* (6.^a ed.). Paris: Dalloz.
- Malaurie, P., Aynès, L., & Stoffel-Munck, P. (2009). *Les Obligations*, 4. Collection Droit Civil. Paris: Dalloz.
- Malaurie, P., Aynès, L., & Gautier P.-Y. (2009). *Les contrats spéciaux* (4.^a ed). Paris: Lextenso éditions.
- Mazeaud, D. La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international: comparaisons. En: *L'avant-contrat Actualité du processus de formation des contrats* (pp. 13-30). Amiens, Francia: CEPRISCA.
- Medicus, D. (2002). *Schuldrecht I*, 13. Aufl., München, C.H. Beck.

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

- Mercadal, B., & Janin, P. (1974). *Les contrats de coopération interentreprises*. Paris: No encontrada
- Mignot, M. (2008). LexNex Juris classeur civil code, Agosto, fascículo 20.
- Morin, G. (1980). Le devoir de coopération dans les contrats internationaux. *Droit et pratique du Commerce International, DCPI*, 6, 9 y ss.
- Mousseron, J. M., Guibal, M., & Mainguy D. (2001). *L'avant-contrat*. Paris: Lefebvre
- Nanz, K. P. (1985). Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. Bis 18. Jahrhundert, München: Schweitzer.
- Nipperdey, H. C. (1970). *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*. Frankfurt (Main): Springer
- Oppetit, B. (1979). *L'engagement d'honneur*. Paris: Dalloz.
- Pawlowski, H. M. (2000). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 6. Aufl. München: C.H. Beck
- Pfeifer, NJW, NJW 1999, 169, 172, 1999, 169
- Planiol, M. & Ripert, G. (1981). *Tratado elemental de Derecho Civil*. Cárdenas editores.
- Planiol, M & Ripert, J., & Boulanger, J. (1964). *Traité de droit civil*. Dalloz
- Pothier, Vente, n°308 Capitul. De Charlem: Dalloz
- Ranieri, F. (1999). *Europäisches Obligationsrecht, Lehr- und Textbuch*. Wien: Springer.
- Ranieri, F. (2005). 200 Jahre Code civil, Die Rolle des französischen Rechts in der Geschichte des europäischen Zivilrechts oder zum Aufstieg und Niedergang eines europäischen Kodifikationsmodells. En Werner Schubert y Mathias Schmoeckel (Eds.), *200 Jahre Code civil, die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa* (pp. 85-126). Köln: Böhlau Verlag.
- Remien, O. (2003). *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Reuss, (1955). Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemensagreements, AcP Archiv für die civilistische Praxis, 154, (1955), 485
- Ripert, G. (1949). *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: No encontrada
- Rippert, K. (1982). *Patronatserklärungen im deutschen und französischen Recht*. Mainz, Diss.
- Ritzinger, (1990). Der Vorvertrag in der notariellen Praxis, Revista NJW Neue Juristische Wochenschrift, 1201. Revista Neue Juristische. Wochenschrift. Resumen de la nueva semana jurídica. Ed. C.H. Beck.
- Römer/Groh, (2010). *Due Diligence, Beck'sches Mandatshandbuch, Due Diligence, Beck'sches Mandatshandbuch, Hrsg von Beisel und Andreas*. München: C.H. Beck.
- Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros. Ltd. [1924]. Recuperado de <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1924/2.html>.

- Roth, H. (1928). *Der Vorvertrag, Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts*. Bern: Stämpfli
- Rother, W. (1973). Der Vertrag als Vertragsgegenstand, FS. Larenz, München, 435. Nomos Verlag.
- Rüßmann, M. (2006). *Harte Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen*. Köln: No encontrada
- Savigny, F. C. v. (1987). *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*. Aalen: Scientia-Verl.
- Schmalzel, (1964). Vorverträge zugunsten Dritter, Archiv für die civilistische Praxis, 452, *Revista AcP:: Archiv für civilistische Praxis*. Tübingen: Mohr Siebeck
- Schmidt, (1999). Handelsrecht, 5. Aufl., München: Heymann.
- Schmidt, (2005). *Revista BetriebsBerater*, 838.
- Schmidt, J. (1974). La sanction de la faute précontractuelle, . *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 49, Dalloz
- Schmidt, J. (1982). *Négociation et conclusion de contrats*. Paris: Dalloz.
- Schulte Nölke, H. (2003). Function of contracts in EC Private Law. En Reiner Schulze, Martin Ebers y Hans Christoph Grigoleit (Eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schwarze, R. (2001). *Vorvertragliche Verständigungspflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stadler, A. (1996). *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*. Tübingen: Mohr Siebeck
- Staub, H. (1969). *Die positiven Vertragsverletzungen*. Berlin, u. a.: Guttentag.
- Stephan, K. D. (1999). Vertragsgestaltung bei internationales Joint ventures. En Harald Schaumburg (Ed.), *Internationale Joint Ventures: Mangement - Besteuerung – Vertragsgestaltung* (pp. 97-130). Stuttgart: Schaeffer-Poeschel.
- Study group on a european civil code & Acquis Group. Draft common frame of reference. 2009: Sellier European Law Publ.
- Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y. (2005). *Droit Civil, Les obligations*, 9. Auflage, Paris: Dalloz
- Tribunal Regional Superior de Karlsruhe. (1994). *Sentencia del 1 de diciembre de 1994, OLG Karlsruhe NJW. 2 UF 131/94.*
- Tribunal Supremo Federal Alemán. (1972). *Sentencia del 23 de noviembre de 1972. BGH WM 1973, 67. VIII ZR 191/72.*
- Tribunal Supremo Federal Alemán. (1986). *Sentencia del 18 de abril de 1986. BGH NJW 1986, 2820. V ZR 32/85.*
- Tribunal Supremo Federal Alemán. (1987). *Sentencia del 17 de diciembre de 1987. BGH 102, 384. VII ZR 307/86.*

•El *pactum de contrahendo*: posibilidades de una unificación jurídica europea... •

Unión Europea. (2002). *Principles of European Contract Law*.

Völker, G. (2003). *Vorvertragliche Pflichten und Gefahrtragung beim Unternehmenskauf*. München: WF.

Von Hase, K. (1999). *Vertragsbindung durch Vorvertrag*. Berlin: Verlag für Wissenschaft und Forschung.

Wabnitz, B. (1962). *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung* (tesis doctoral). Westfälische Wilhelms-Universität, Münster.

Weber, M. (1990). Der Optionsvertrag, JuS, 249. *Revista Juristische Schulung*, (La escuela jurídica)

Wenner, W. (1966). Vorverhandlungen und Vorvertrag, Bemerkungen zum Vorstadium einer Unternehmenskooperation, BB, 669. *Revista Betriebsberater* (El asesor del empresario)

Wieacker, F. (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Zöllner, W. (1983). Der arbeitsrechtliche Vorvertrag, FS Floretta, 455. Wien Jusline

LA RELACIÓN DE LA REBAJA DEL PRECIO CON LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN EL RÉGIMEN DE COMPRAVENTA ALEMÁN

Michael Stöber*

Resumen

Las normas que regulan los contratos de compraventa se encuentran en la parte atinente a las obligaciones y los contratos del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemán. En esta regulación del contrato más usado e importante de la actualidad se establecen diversos derechos, los cuales implican una multiplicidad de opciones que el comprador puede ejercer cuando ha recibido una cosa con vicios de hecho o de derecho. Existe una controversia acerca de cómo ejercer los diferentes derechos, pues muchas de estas opciones resultan incompatibles y excluyentes entre sí. En el presente artículo se analiza, conforme a las prescripciones del derecho alemán, la relación de la rebaja del precio con la resolución y la indemnización de perjuicios, desde un sentido lógico y de lectura sistemática

* Abogado de la Universidad de Bonn y doctor en Derecho (*Doctor iuris*) de la Phillips Universität Marburg. Profesor titular de la cátedra de Derecho Civil, Derecho Tributario, Comercial y Económico, así como de Derecho Procesal Civil en la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemania. Actualmente es el director del Instituto de Derecho Económico y Tributario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma institución.

de las normas del contrato de compraventa, y complementándolo con derecho europeo.

Palabras clave: Contrato de compraventa, rebaja del precio, indemnización de perjuicios, derecho alemán de contratos

Abstract

The norms that regulate the sales contract are found in the part concerning obligations and contracts of *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) or the German Civil Code. In this regulation of the most used and important contract of present time, there are established diverse rights, implying a multiplicity of options, which the buyer can exercise when it has received a sales object with vices *de facto* or *de iure*. There is a controversy about how to exercise the different rights, since many of these options turn out to be incompatible and exclusive between themselves. In this article there is analyzed, in accordance with the prescriptions of the German law, the relation between the reduction of the price with the resolution of the contract and the claim for damages, from a logical sense and a systematical interpretation of the norms of the contract of sale, complementing it with European law.

Keywords: Sales contract, Price reduction, Compensation for damages, German contract law

Introducción

En el derecho alemán, en caso de un vicio de la cosa o uno jurídico, los derechos del comprador están regulados en el § 437 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB). En primer lugar, en el caso de un vicio, el comprador tiene derecho al cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*), según los § 437 num. 1, § 439 BGB. En el cumplimiento posterior, el comprador tiene la elección entre mejora posterior (*Nachbesserung*) —es decir, saneamiento del vicio— y nueva entrega (*Nachlieferung*); o sea, entrega de una cosa nueva libre de vicios. El § 437 num. 2 BGB le garantiza al comprador, de forma facultativa, un derecho de resolución del contrato (*Rücktritt*) según los § 323, § 326 inc. 5 BGB, o a la rebaja del precio (*Minderung*) según el § 441 BGB. El § 441 num. 1 fr. 1 BGB estipula que el derecho a rebaja del precio solamente puede ser ejercido en vez

del derecho de resolución del contrato y, por lo tanto, solo bajo las condiciones de los § 323, § 326 inc. 5 BGB (Parlamento Federal Alemán [BT-Drs.], 2001, p. 235; Tribunal Supremo Federal Alemán, 2005; Faust, 2012a, ap. 3). Sin embargo, según el § 441 inc. 1 fr. 2 BGB, la condición de gravedad del vicio, necesaria para la resolución (§ 323 inc. 5 fr. 2 BGB), es prescindible para la rebaja del precio. Por eso, la rebaja del precio —a diferencia de la resolución, la cual solamente es posible en caso de vicios graves— también puede ser declarada en caso de vicios de poca importancia (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, 2004, pp. 1060-1061; Weidenkaff, 2017, ap. 7). Finalmente, de acuerdo con el § 437 num. 3 BGB, el comprador puede exigir indemnización de perjuicios según los § 280, § 281, § 283, § 311a BGB, o el reembolso de gastos fútiles según el § 284 BGB.

En el sentido dogmático, los recursos jurídicos previstos en el § 437 num. 1, 3 BGB, de cumplimiento posterior y reembolso de los perjuicios, o bien, de los gastos, son pretensiones (*Ansprüche*). Es decir, ellos se corresponden con una obligación de prestación por parte del vendedor, que puede hacerse valer judicialmente y puede hacerse cumplir mediante ejecución judicial forzosa. En cambio, en el caso de la resolución y de la rebaja del precio se trata de un derecho potestativo (*Gestaltungsrecht*); es decir, el comprador puede cambiar la situación jurídica unilateralmente y sin participación del vendedor, de tal forma que el contrato de compraventa se resuelva, o bien, el precio sea rebajado (BT-Drs., 2001, pp. 221-234; Tribunal Supremo Federal Alemán, 2010, p. 1217, ap. 34; Tribunal Regional Superior de Berlín, 2009; Medicus, 2003, pp. 521-526; Wertenbruch, 2002, pp. 862-863).

En el derecho alemán es indiscutible que el derecho al cumplimiento posterior de los § 437 num. 1, § 439 BGB tiene primacía frente a los recursos jurídicos adicionales de resolución, de rebaja del precio y del reembolso de los perjuicios o gastos, según el § 437 num. 2, 3 BGB. Esto se desprende de que el comprador tenga que haberle fijado, sin éxito, un plazo al vendedor para el cumplimiento posterior, antes de poder ejercer uno de los otros recursos jurídicos, como, por ejemplo, los contenidos en los § 437 num. 2, 3, § 281 inc. 1 fr. 1, § 323 inc. 1 y el § 441 inc. 1 fr. 1 BGB (Faust, 2012b, ap. 2; Matusche-Beckmann, 2014a, ap. 6; Stöber, 2006, p. 45; Westermann, 2002, pp. 241-248). Entonces, por lo general, el comprador primero tiene que hacer valer su derecho al cumplimiento posterior (de los § 437 num. 1 y § 439 BGB), mediante la fijación de un plazo, y tiene

que darle al vendedor la oportunidad del saneamiento posterior o de la entrega nueva. Solamente después, el comprador tiene los derechos, según § 437 num. 2, 3 BGB; esto es, un derecho de resolución del contrato o de rebaja del precio, así como un derecho a indemnización de perjuicios, o bien, de gastos. Así pues, el vendedor tiene un derecho a un segundo intento para cumplir con la prestación (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2005, pp. 219-221; Huber, 2002, pp. 1004-1005; Schubel, 2002, pp. 313-316).

La relación entre sí de los recursos jurídicos adicionales del § 437 num. 2, 3 BGB es menos clara. En tal sentido, está en cuestión, por un lado, si el comprador puede resolver el contrato con posterioridad, cuando ya ha declarado la rebaja del precio, o si, a la inversa, el comprador puede ejercer su derecho de resolución del contrato luego de haber declarado la rebaja del precio. Por otro lado, surge la pregunta sobre si el derecho a rebaja del precio y los derechos a indemnización de perjuicios, de acuerdo con el § 437 num. 3 BGB, se excluyen recíprocamente o si, por el contrario, pueden hacerse valer paralelamente, o bien, uno después del otro.

Relación del derecho a rebaja del precio con el derecho de resolución del contrato

1. Efectos jurídicos de la resolución y de la rebaja del precio

Para responder la pregunta sobre la relación entre el derecho a rebaja del precio y el derecho de resolución del contrato han de contemplarse a continuación los efectos jurídicos de ambos derechos. La resolución tiene como consecuencia la terminación definitiva del contrato de compraventa. Las obligaciones aún no satisfechas se extinguen, y las prestaciones ya cumplidas han de ser devueltas por ambas partes (Looschelders, 2016, ap. 808; Schall, 2017a, ap. 200 y ss.). Los detalles sobre la devolución de las prestaciones después de una resolución eficaz del contrato están regulados en los § 346 al § 348 BGB. Mediante la resolución, el contrato de compraventa se convierte, entonces, en una obligación de devolución; principalmente, el comprador le devuelve al vendedor la cosa viciada.

Por el contrario, en el caso de la rebaja del precio, el contrato de compraventa sigue existiendo, y el comprador se queda con la cosa viciada (Stöber, 2017, ap. 40). Sin embargo, de acuerdo con el § 441 inc. 3 BGB, el precio es disminuido en la proporción en la que, al momento del perfeccionamiento del contrato, el

valor de la cosa en un estado libre de vicios habría sido en relación con el valor real (Stöber, 2017, ap. 47 y ss.). Si el comprador aún no ha pagado el precio, el derecho sobre el precio se extingue sobre el monto de la rebaja (Faust, 2012c, ap. 14; Westermann, 2016, ap. 4). Conforme con el § 441 inc. 4 fr. 1 BGB, si el precio ya fue pagado, el comprador puede reclamar la parte del precio que supera el monto disminuido, según el § 441 inc. 3 BGB. Mientras la resolución implica la terminación completa y la liquidación retroactiva del contrato de compraventa, la rebaja del precio no afecta la existencia del contrato, sino que solamente ocasiona una reducción del precio y, dado el caso, devolución de una parte de este. La resolución es, entonces, en comparación con la rebaja de precio, el recurso jurídico de mayor alcance.

2. Rebaja del precio tras la declaración de resolución

Esta constatación tiene que ser el punto de partida para la respuesta a la pregunta sobre si el comprador todavía puede rebajar el precio luego de haberse resuelto efectivamente el contrato de compraventa. Según el texto literal del § 441 inc. 1 fr. 1 BGB —“en vez de resolver”—, el derecho de resolución del contrato y el de rebaja del precio pueden ser ejercidos solamente de manera alternativa (BT-Drs., 2001, 223; Derleder, 2003). Esto rige sin restricción para el caso en que el comprador ya haya declarado la resolución. Según lo dicho anteriormente, la resolución causa la terminación y la liquidación retroactiva del contrato de compraventa. Esta consecuencia jurídica sobreviene definitivamente, pues, en el derecho alemán, el ejercicio de los derechos potestativos es considerado irrevocable (Köhler, 2016, § 17, ap. 12; Medicus & Petersen, 2016, ap. 90). Un derecho potestativo —por ejemplo, un derecho de impugnación, un derecho de renuncia o un derecho de resolución del contrato— le confiere a una de las partes el poder de cambiar la situación jurídica, unilateralmente y sin participación de la otra parte, mediante el ejercicio del derecho potestativo. Pero, entonces, los intereses de la otra parte deben ser protegidos de tal manera que la situación jurídica quede definitivamente fija, tras el ejercicio del derecho potestativo, y no pueda ser cambiada nuevamente a través de la revocación del ejercicio. De otro modo, existiría una inseguridad inadmisible de la situación jurídica para la otra parte. Debido a que la resolución también es un derecho potestativo, la declaración de resolución es

irrevocable; por lo menos, en principio (Grüneberg, 2017a, ap. 2; Schall, 2017b, ap. 30 y ss.).

A diferencia de la resolución, la rebaja del precio presupone, necesariamente, la subsistencia del contrato de compraventa. Pero debido a que la resolución conlleva la terminación definitiva del contrato de compraventa, una vez se haya declarado la resolución, ya no puede ser ejercido el derecho a rebaja del precio, según la opinión general (Boerner, 2001; Derleder, 2003; Grunewald, 2017a, ap. 45; Matusche-Beckmann, 2014b, ap. 4; Schmidt, 2017, ap. 5), pues ello significaría una eliminación de la consecuencia jurídica provocada definitivamente mediante la resolución. Empero, esto sería incompatible con el efecto potestativo de la resolución y con la irrevocabilidad de la declaración de resolución.

3. Resolución tras la declaración de la rebaja del precio

A. Estado de la opinión y toma de posición sobre la base de la dogmática del derecho civil alemán

Es cuestionable si el comprador, por el contrario a la constelación inversa discutida antes, ya no está habilitado para la resolución, después de haber declarado la rebaja del precio. La doctrina dominante en Alemania rechaza un derecho del comprador a resolver el contrato en tal situación (Tribunal Regional Superior de Berlín, 2009; Berger, 2015a, ap. 7; Derleder, 2003; Weidenkaff, 2017, ap. 2; Westermann, 2016, ap. 4). El Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*, o BGH) comparte esta opinión en su nueva sentencia del año 2018 (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2018, ap. 40 y ss.). Para el contrato de obra, para el cual, con la perspectiva de la responsabilidad por una prestación deficiente, rigen reglas muy parecidas, así como, para el contrato de compraventa, el Tribunal Supremo Federal también defendió la postura según la cual en caso de un vicio de la obra, una resolución no es posible tras la declaración de rebaja del precio (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2017, ap. 49 y ss.). La exclusión de una resolución tras la declaración de rebaja del precio es justificada por la opinión dominante con el efecto potestativo de la rebaja del precio. Mediante el ejercicio del derecho a rebaja del precio, se cambia la situación jurídica de tal manera que el precio se reduzca, según el § 441 inc. 3 BGB. Debido a la irrevocabilidad de la

declaración de rebaja del precio, no podría eliminarse su efecto jurídico a través de una resolución posterior.

Sin embargo, esta postura, incluso según la dogmática alemana del derecho civil, no puede convencer. Diferente del caso de la resolución, el contrato de compraventa subsiste en el caso de la rebaja del precio, y el precio es rebajado, con la consecuencia que este ha de reembolsarse parcialmente, según sea el caso. Por consiguiente, la rebaja del precio solo tiene un efecto jurídico limitado; ella lleva a una extinción *parcial* del derecho sobre el precio. Con una declaración posterior de resolución no se elimina esta consecuencia jurídica, sino que, al contrario, se amplía sobre *todo* el derecho sobre el precio, pues con la resolución se termina el contrato, y el derecho sobre el precio en su monto total cesa, de manera que, en lo sucesivo y dado el caso, el precio debe ser reembolsado en su monto total (Derleder, 2003). Debido a que, en consecuencia, el efecto potestativo de la rebaja del precio no se afecta por una resolución posterior, el comprador —a diferencia de la opinión dominante en Alemania— puede resolver el contrato, aún después de haber declarado la rebaja (Stöber, 2017, ap. 18).¹⁶⁸

Esta posibilidad es relevante, sobre todo, cuando el comprador solo ha ejercido un derecho a rebaja del precio, porque en un primer momento ha considerado de poca importancia el vicio, pero posteriormente se percata de la importancia del vicio y, con ello, de la existencia de un derecho de resolución del contrato (§ 323 inc. 5 fr. 2 BGB). La pretendida protección del comprador prevista por las normas de garantía sería recortada desmesuradamente, si, en esta situación, se le denegara al comprador el cambio posterior de la rebaja del precio por la resolución del contrato (Stöber, 2017, ap. 18). Un cambio de ese tipo, excepcionalmente, no está permitido, conforme al principio de buena fe (§ 242 BGB) —el cual ha de atenderse en todas las relaciones jurídicas en el derecho civil alemán, y el cual, en particular, puede limitar el ejercicio de derechos— si se oponen intereses del vendedor dignos de protección (Stöber, 2017, ap. 18). Esto se puede suponer, por ejemplo, cuando el vendedor renuncia a hacer valer sus propios derechos frente al productor o el distribuidor de la cosa, en la esperanza de no tener que aceptar la devolución de la cosa viciada ante la rebaja del precio inicialmente declarada por el comprador, y, hasta el momento en el que el comprador, entonces, quiere optar

¹⁶⁸ Cfr. con Derleder (2003), quien rechaza una resolución tras la declaración de rebaja del precio, pero admite que “la resolución después de una rebaja se excluye de manera menos convincente”.

por el derecho de resolución del contrato, se vence el plazo prescriptivo del § 438 BGB en la relación entre el vendedor y el productor o el distribuidor. Según el § 438 BGB, los derechos del § 437 BGB a causa de un vicio de la cosa tienen que hacerse valer, por lo general, dentro de un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de la cosa; después no es posible hacer valer los derechos si la otra parte invoca la prescripción.

B. Confirmación a través de normas del derecho europeo

Con la perspectiva del derecho europeo, la exclusión estricta de la resolución tras la declaración inicial de la rebaja del precio, que es apoyada por la opinión dominante, contradice, además, las normas de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo de la Unión Europea.¹⁶⁹ Como miembro de la Unión Europea, la República Federal de Alemania está sometida al derecho de la Unión Europea. Este se conoce también como *derecho europeo*. Por lo general, el derecho europeo tiene prevalencia frente al derecho nacional de los Estados miembros individualmente considerados (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [TJCE], 1964, pp. 103-105). Por lo tanto, las disposiciones del derecho interno de Alemania y de otros Estados miembros de la Unión Europea no pueden ser contradictorias con las disposiciones del derecho europeo (Scholz, 2017, ap. 36). Esto también es aplicable para las normas jurídicas nacionales del derecho privado.

La Unión Europea ha hecho uso de su facultad de legislación también en el ámbito del derecho de compraventa, mediante la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo, de 1999. Esta tiene por objeto garantizar que las disposiciones legales en todos los Estados miembros de la Unión Europea proporcionen un nivel mínimo uniforme de protección a los consumidores que compran un bien de consumo de un vendedor profesional. Según el art. 1 de la directiva, un consumidor es toda persona física que, en los contratos referidos en la directiva, actúa con fines que no entran dentro del marco de su actividad profesional. Además, el art. 1 dispone que la directiva solo es aplicable si el vendedor vende bienes

¹⁶⁹ Directiva 1999/44/CE del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 171, del 7 de julio de 1999.

de consumo dentro del marco de su actividad profesional, y que solamente se consideran bienes de consumo los bienes muebles corpóreos.

Los Estados miembros de la Unión Europea solo estaban obligados a incorporar en el derecho nacional las disposiciones de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo dentro del ámbito de aplicación especificado por la directiva; es decir, solamente para los contratos de compraventa que un consumidor realiza con un vendedor profesional sobre un bien de consumo y, por lo tanto, un bien mueble. No obstante, el legislador alemán decidió aplicar la mayor parte de las disposiciones de la directiva a todos los tipos de contratos de compraventa (Stöber, 2006, p. 37). La mayor parte de las disposiciones de la directiva se encuentran, por tanto, incorporadas en las disposiciones generales de compraventa del BGB; es decir, en los § 433 a § 453, que se aplican a todos los tipos de contratos de compraventa; especialmente, al contrato de compraventa que se realiza entre dos consumidores, entre dos empresarios o sobre bienes inmuebles o derechos. Sin embargo, el legislador alemán ha implementado algunas disposiciones de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo —en concordancia con el ámbito de aplicación de la directiva— solo para los contratos de compraventa donde un consumidor celebra un contrato con un vendedor profesional sobre bienes muebles. Dichas disposiciones especiales están contenidas en los § 474 a § 479 BGB.

La Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo también contiene normas sobre el derecho a rebaja del precio, que el legislador alemán ha transpuesto al derecho nacional con el § 441 BGB. Estas normas —conforme al ámbito de aplicación de la directiva— han de atenderse, en todo caso, para las ventas de bienes de consumo. El art. 3 inc. 2 de la directiva le garantiza al comprador un derecho a una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato, cuando el bien no sea conforme al contrato en el sentido del art. 2 inc. 2 de la directiva y si la falta de conformidad existía en el momento de la entrega del bien, que es el momento relevante según el art. 3 inc. 1 de la Directiva (Stöber, 2006, pp. 296 y ss). Según el art. 3 inc. 5 de la directiva, para el derecho a una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato, es requisito que el consumidor no pueda exigir la reparación ni la sustitución, o que el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor.

Según el art. 3 inc. 6 de la directiva, el consumidor no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia. En ese caso, el

consumidor solamente tiene la posibilidad de la rebaja del precio. En conclusión inversa, ello significa que al consumidor le debe corresponder, obligatoriamente, un derecho a resolver el contrato en caso de una falta de conformidad con el contrato no solo insignificante, según la directiva. Se contradiría esta norma de derecho europeo si aquello se le negara al comprador tras la rebaja del precio declarada inicialmente, luego de que el vicio tenido por insignificante se evidencie, con posterioridad, como grave (Stöber, 2017, ap. 18).

El mandato del derecho europeo sobre permitir, en el caso de vicios graves, una resolución, aún tras una declaración de rebaja del precio, rige, en todo caso, como para la aplicación del § 441 BGB sobre las compras de bienes de consumo en el sentido de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo, pero de acuerdo con la opinión predilecta aún más allá. El legislador alemán ha transpuesto a propósito las normas de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo de manera amplia para todos los contratos de compraventa en general, no solamente para las compras de bienes de consumo (Haas et al., 2002, ap. 2; Stöber, 2006, pp. 35 y ss.; Westermann, 2002, pp. 241 y ss.). Esto también rige en relación con las normas para el derecho a rebaja del precio, que fueron transpuestas al derecho alemán con el § 411 BGB vigente para todos los contratos de compraventa. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal quiere limitar el mandato de la interpretación de conformidad con las directivas europeas en materia de normas, las cuales transponen extensivamente las disposiciones de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo para todos los contratos de compraventa a las compras de bienes de consumo (así, en cuanto al § 439 BGB, Tribunal Supremo Federal Alemán, 2012, ap. 17 y ss.). Empero, en tanto el legislador nacional transpone voluntariamente las disposiciones de una directiva europea más allá de su ámbito de aplicación, él toma una decisión consciente de crear una situación jurídica unitaria conforme con la directiva en todo el ámbito de validez de las disposiciones de transposición nacionales. Esa decisión del legislador nacional tiene que ser considerada mediante una interpretación unitaria de estas disposiciones (Augenhöfer, 2017, ap. 24; Lorenz, 2016, ap. 4; Stöber, 2011, pp. 346-352), pues con la transposición extensiva, el legislador acoge en su voluntad que, también por fuera del ámbito de aplicación de la directiva, las disposiciones de transposición sean interpretadas de acuerdo con las normas de la directiva, así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto.

Relación del derecho a rebaja del precio con los derechos a indemnización de perjuicios

1. Consideración necesaria: diferencia en el contenido de los derechos individuales y la indemnización de perjuicios

Paralelo al derecho a rebaja del precio, los derechos a indemnización de perjuicios, según el § 437 num. 3 BGB, también pertenecen a los derechos de garantía del comprador en caso de vicios de la cosa. Debido a que la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo no prescribe un derecho del comprador a indemnización de perjuicios, no existen normas de derecho europeo en ese sentido (Grundmann & Bianca, 2002, ap. 77). Para la relación entre el derecho de resolución del contrato y los derechos a indemnización de perjuicios, el § 325 BGB estatuye expresamente que el derecho a exigir indemnización de perjuicios en un contrato sinalagmático no se excluye mediante la resolución. Para la relación entre el derecho a rebaja del precio y los derechos a indemnización de perjuicios según el § 437 num. 3 BGB no hay una regulación legal. En la jurisprudencia y la literatura alemanas se defiende la postura según la cual la disposición vigente del § 325 BGB habría de aplicarse análogamente a la rebaja del precio, con la consecuencia de que la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios podrían hacerse valer paralelamente sin limitaciones (Tribunal Regional Superior de Stuttgart, 2006, pp. 479-480; Berscheid, 2009; Büdenbender, 2016, ap. 29; Derleder, 2003; Westermann, 2016, ap. 3).

No obstante lo anterior, una aplicación global del § 325 BGB no considera suficientemente las particularidades del derecho a rebaja del precio en relación con el derecho de resolución del contrato, ni las diferencias entre los derechos individuales de indemnización de perjuicios. En realidad, es obligatoria una consideración diferenciada. Para responder la pregunta sobre si el derecho a rebaja del precio, por un lado, y los derechos a indemnización de perjuicios según el § 437 num 3 BGB, por otro, también pueden hacerse valer paralelamente, o bien, uno después del otro, de nuevo, son de central importancia los efectos jurídicos y el contenido de los derechos individuales a indemnización de perjuicios. En ello ha de diferenciarse entre el derecho a indemnización de perjuicios en vez de la prestación (*Schadensersatz statt der Leistung*) de los § 437 num. 3, § 280 inc. 1 y 3, § 281, § 283, § 311a inc. 2 BGB, por un lado, y el derecho a indemnización

de perjuicios junto a la prestación (*Schadensersatz neben der Leistung*) de los § 437 num. 3, § 280 inc. 1 BGB, por otro.

El derecho a indemnización de perjuicios en vez de la prestación está dirigido a la sustitución de los perjuicios que han sobrevenido al comprador como consecuencia de la ausencia definitiva de la prestación —de la entrega de una cosa libre de vicios— y que habrían podido ser evitados mediante cumplimiento posterior (Faust, 2012c, ap. 60; Lorenz, 2002; Stöber, 2006, p. 48). Excepto en caso de imposibilidad de prestación libre de vicios (vid. § 283, § 311a inc. 2 BGB), el comprador tiene que darle primero al vendedor, según el § 281 inc. 1 fr. 1 BGB, un plazo para el cumplimiento posterior, si la fijación del plazo según el § 281 inc. 2 BGB o según el § 440 BGB no es prescindible (Lorenz & Riehm, 2002, ap. 535; Reinicke & Tiedtke, 2009, ap. 551; Stöber, 2006, p. 48). Dentro del derecho a indemnización de perjuicios en vez de prestación, hay que diferenciar entre la llamada pequeña indemnización de perjuicios (*kleiner Schadensersatz*) y la indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (*Schadensersatz statt der ganzen Leistung*), también llamada la gran indemnización de perjuicios (*großer Schadensersatz*). En el caso del derecho a la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación, el comprador se queda con el objeto comprado y solamente recibe reemplazada la minusvalía proveniente del vicio, o bien, los costos de la eliminación del vicio, así como, dado el caso, otros perjuicios condicionados mediante la ausencia definitiva de la prestación (Berger, 2015b, ap. 21; Grunewald, 2017b, ap. 16; Stöber, 2006, p. 48). Por el contrario, si el comprador hace valer el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación, eso tiene como consecuencia la devolución del objeto comprado (vid. § 281 inc. 5, §§ 346 y ss., § 283 fr. 2 BGB, § 311a inc. 2 fr. 3 BGB) y la sustitución del valor total de la cosa en estado libre de vicios, o bien, de los costos de una compra de reemplazo, a lo que se suman otros posibles perjuicios (Faust, 2012b, ap. 131; Reinicke & Tiedtke, 2009, ap. 554; Stöber, 2006, p. 48). El derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación tiene, entonces, en este sentido, el mismo efecto que una resolución; como el derecho de resolución del contrato, este derecho le corresponde al comprador únicamente cuando la violación de la obligación relativa a la entrega de un objeto comprado viciado es considerable (vid. § 281 inc. 1 fr. 3, § 283 fr. 2, § 311a inc. 2 fr. 3 BGB).

El derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación de los § 437 num. 3, § 280 inc. 1 BGB se dirige a la sustitución de los perjuicios basados en la prestación viciada, y los cuales surgieron irreversiblemente, de manera que tampoco podrían ser evitados o eliminados mediante el cumplimiento posterior, y, por ello, son imaginables a la par del derecho subsistente a la prestación libre de vicios, o bien, a la par del derecho al cumplimiento posterior (Canaris, 2003; Grüneberg, 2017b, ap. 18; Stöber, 2006, p. 49). Esto incluye, sobre todo, el perjuicio causado por el vicio a otros bienes jurídicos del comprador, el llamado perjuicio consiguiente (*Mangelfolgeschaden*) (Berger, 2015b, ap. 15; Oetker & Maultzsch, 2013, § 2, ap. 282). Un perjuicio de este tipo se presenta, por ejemplo, cuando el comprador, como consecuencia del vicio de la cosa, se lesiona físicamente u otras cosas de propiedad del comprador se dañan. El derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación no afecta la existencia del contrato de compraventa. En principio, a diferencia del derecho a indemnización de perjuicios en vez de la prestación, el derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación no requiere una fijación de un plazo para el cumplimiento posterior (Lorenz, 2002; Stöber, 2006, p. 49).

2. Relación con el derecho a la indemnización de perjuicios junto a la prestación

Es indiscutible que el derecho a rebaja del precio y un derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación del § 437 num. 3, § 280 inc. 1 BGB pueden hacerse valer paralelamente y uno después del otro (Büdenbender, 2016, ap. 29; Grunewald, 2017a, ap. 14; Höpfner, 2017, ap. 76; Lögering, 2009; Matusche-Beckmann, 2014a, ap. 40; Westermann, 2016, ap. 3). Así como la rebaja del precio, el derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación tampoco conlleva la resolución del contrato de compraventa, de manera que en ninguno de estos recursos jurídicos se produce un efecto potestativo, el cual podría ser afectado mediante una reivindicación posterior del otro recurso jurídico respectivo. Además, el derecho a indemnización de perjuicios junto a la prestación, justamente, se dirige a la sustitución de los perjuicios que no consisten en la minusvalía proveniente del vicio de la cosa, de manera que, de contenido, tampoco se genera ninguna interferencia con el derecho a rebaja del precio (Stöber, 2017, ap. 20). Por eso, el comprador puede ejercer ambos derechos paralelamente y uno después del otro, sin ningún reparo.

3. Relación con el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (el llamado derecho a la gran indemnización de perjuicios)

Contrariamente a la relación con el derecho a la indemnización de perjuicios junto a la prestación discutida antes, una rebaja del precio queda excluida cuando el comprador ya ha hecho valer un derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (la llamada gran indemnización de perjuicios). Como la resolución, el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación también tiene como consecuencia la liquidación retroactiva completa del contrato (vid. § 281 inc. 5, §§ 346 y ss., § 283 fr. 2, § 311a inc. 2 fr. 3 BGB). Así, el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación tiene el mismo efecto potestativo que la resolución del contrato; debido a la irrevocabilidad general del ejercicio de derechos potestativos (vid. II.2. *supra*), este efecto no puede ser eliminado con posterioridad. No obstante, esto sí ocurriría en caso de una declaración posterior de rebaja del precio, pues, en el caso de la rebaja del precio, el contrato subsiste obligatoriamente, y solo se disminuye el precio. Por eso, de la misma manera como tiene que ser excluida una rebaja del precio tras la declaración de resolución del contrato (vid. II.2. *supra*), también tiene que ser excluida una rebaja del precio tras la reivindicación del derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (Höpfner, 2017, ap. 76; Lögering, 2009, pp. 664-665; Stöber, 2017, ap. 21; Weidenkaff, 2017, ap. 19). Un comprador que ya haya exigido indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación no puede optar posteriormente por la rebaja del precio, porque eso significaría una anulación de la resolución contractual ya en curso.

No obstante lo anterior, también se debe tener en cuenta el caso contrario, en que el comprador ha declarado la rebaja del precio en un primer momento, pero después quiere hacer valer un derecho a indemnización de perjuicios. Algunas opiniones en la jurisprudencia y la literatura niegan al comprador la reivindicación del derecho a la gran indemnización de perjuicios tras la declaración de la rebaja del precio, refiriéndose al efecto potestativo de la rebaja del precio (Tribunal Regional Superior de Brandenburg, 2012; Höpfner, 2017, ap. 76; Lögering, 2009; Saenger, 2016, ap. 2; Schmidt, 2017, ap. 5). En su nueva sentencia del año 2018, el Tribunal Supremo Federal comparte esta opinión (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2018, ap. 19 y ss.). Sin embargo, gana favoritismo la postura

sobre que el comprador no está impedido, por la declaración de la rebaja del precio, para reivindicar un derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (Tribunal Regional Superior de Stuttgart, 2006; Berscheid, 2009, pp. 17-18; Derleder, 2003; Stöber, 2017, ap. 22). La rebaja del precio no afecta la subsistencia del contrato y, en ese sentido, todavía no cambia irreversiblemente la situación jurídica. Además, el monto de la rebaja del precio está contenido en la indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación, por cuanto este tiene como objetivo, entre otros, la sustitución de todo el valor de la cosa en un estado libre de vicios. Por eso, tras el ejercicio del derecho a rebaja del precio, la reivindicación del derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación no provoca —a diferencia del caso inverso— la eliminación de un cambio ya en curso de la situación jurídica, sino, simplemente, una ampliación del cambio menos extenso, provocado con la rebaja del precio (Stöber, 2017, ap. 22).

Como la resolución (vid. II.3.A. *supra*), el comprador también tiene permitido, entonces, reivindicar el derecho a la gran indemnización de perjuicios, aún tras la declaración de rebaja del precio. De otro modo, el comprador, quien inicialmente, y de manera errónea, asumió que el vicio sería insignificante y, por lo tanto, solo declaró la reducción del precio, quedaría limitado a este recurso jurídico, si con posteridad resulta que el vicio es grave y, de ahí, proceda la indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (vid. § 281 inc. 1 fr. 3, § 283 fr. 2, § 311a inc. 2 fr. 3 BGB). Un resultado de este tipo no sería conciliable con el objetivo de las disposiciones sobre la responsabilidad del vendedor de proteger al comprador, de manera amplia, frente a una prestación viciada (Tribunal Regional Superior de Stuttgart, 2006, pp. 479-480). No obstante, se le puede impedir al comprador, excepcionalmente, tanto una resolución como también una reivindicación del derecho a la gran indemnización de perjuicios, tras la declaración de rebaja del precio, según el § 242 BGB, cuando se opongan intereses del vendedor dignos de protección (vid. II.3.A. *supra*).

4. Relación del derecho a la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación

Finalmente, es cuestionable cómo se relaciona el derecho a rebaja del precio con el derecho a la llamada pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación. Sobre esta pregunta también hay jurisprudencia del Tribunal Supremo

Federal, con la sentencia del 5 de noviembre de 2010. Empero, el Tribunal Supremo Federal no respondió de manera general la pregunta, sino, simplemente, afirmó que el comprador, quien, en realidad, sufrió un perjuicio patrimonial como consecuencia del vicio, está habilitado, en todo caso, aún tras la declaración de rebaja del precio, para hacer valer el derecho a una pequeña indemnización de perjuicios, cuando la rebaja del precio fracasa, porque el monto de la rebaja no puede ser determinado según el § 441 inc. 3 BGB (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2010, ap. 35). No obstante, además de la situación especial juzgada por el Tribunal Supremo Federal, en principio, el comprador está autorizado para ejercer ambos derechos paralelamente y uno después del otro (Höpfner, 2017, ap. 77; Stöber, 2017, ap. 23; Westermann, 2016, ap. 3; cfr. con el derecho de contratos de obra, también, Tribunal Supremo Federal Alemán, 2017, ap. 49 y ss.). Si el comprador hace valer el derecho a una pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación, él se queda con la cosa —como en el caso de la rebaja del precio—, de manera que eso no conlleva una resolución del contrato de compraventa —contrario al caso del derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación—. Por consiguiente, no se presenta ningún efecto potestativo que podría ser eliminado mediante una rebaja del precio declarada al mismo tiempo o después. Lo correspondiente rige para el caso contrario, en que el comprador primero exige la rebaja del precio y después, la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el comprador recupera una parte del precio como consecuencia de la reducción del precio, a propósito de la rebaja. El monto de rebaja interfiere —por lo menos, parcialmente— en la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación, cuya estimación se orienta según la minusvalía provocada por el vicio, o bien, por los costos de la eliminación del vicio (vid. III.1. *supra*). Si el comprador hace valer un derecho a la pequeña indemnización de perjuicios, paralelo a la rebaja del precio, tiene que dejarse descontar el monto de la rebaja de la indemnización de perjuicios (Stöber, 2017, ap. 23; Tribunal Supremo Federal Alemán, 2011, ap. 16; Westermann, 2016, ap. 3). Pero mientras el derecho a la pequeña indemnización de perjuicios en vez de la prestación tenga como objetivo la sustitución de otros perjuicios provenientes de la ausencia de prestación libre de vicios, los cuales exceden el monto de rebaja, el derecho a indemnización de perjuicios puede hacerse valer,

sin limitaciones, paralelo al derecho a rebaja del precio (Tribunal Supremo Federal Alemán, 2010, ap. 32; Tribunal Supremo Federal Alemán, 2011, ap. 16; Weidenkaff, 2017, ap. 8).

A modo de conclusión

Después de todo, en el derecho alemán hay que responder de manera diferencial a la pregunta por la relación del derecho a rebaja del precio con los demás recursos jurídicos en el caso de vicios de la cosa. La resolución, tal como el derecho a indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación (la llamada gran indemnización de perjuicios), tiene como consecuencia, respectivamente, la resolución completa y la anulación del contrato de compraventa y la extinción de todo el derecho sobre el precio. Este efecto potestativo no puede ser eliminado por una rebaja posterior del precio, la cual presupone, obligatoriamente, la subsistencia del contrato. Por eso, se le niega al comprador la rebaja del precio, una vez él ha declarado la resolución o ha exigido la indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación.

En efecto, la rebaja del precio es un derecho potestativo como la resolución. Sin embargo, el efecto potestativo de la rebaja del precio es limitado; aquel, simplemente, tiene como consecuencia una extinción parcial del derecho sobre el precio, pero no afecta la existencia del contrato. Por eso, el comprador tiene la posibilidad, con posterioridad, de declarar la resolución del contrato o de exigir la indemnización de perjuicios en vez de toda la prestación, porque esto no significa una eliminación, sino, al contrario, un mantenimiento y una ampliación del efecto potestativo de una rebaja del precio declarada anteriormente. En caso de vicios graves, la autorización de la resolución, aún tras la rebaja del precio ya efectuada, además, es obligatoria por las normas de la Directiva de la Venta de los Bienes de Consumo de la Unión Europea. Asimismo, la rebaja del precio puede combinarse con los derechos a la pequeña indemnización de perjuicios junto a la prestación o la gran indemnización de perjuicios en vez de la prestación, los cuales —como la rebaja misma del precio— no tienen ningún efecto sobre la existencia del contrato. Sin embargo, el monto de la rebaja ha de descontársele a la pequeña indemnización de perjuicios.

Referencias

- Augenhöfer, S. (2017). § 474. En Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz y Jörg Mayer, editores, *Beck Online Großkommentar-BGB (BeckOGK-BGB)*. München: C. H. Beck.
- Berger, Ch. (2015a.) § 441. En Othmar Jauernig, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 16ª edición. München: C. H. Beck.
- Berger, Ch. (2015b). § 437. En Othmar Jauernig, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 16ª edición. München: C. H. Beck.
- Berscheid, E. D (2009). Umschwenken auf großen Schadensersatz nach ausgeübter Minderung. *ZGS (Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht)*, pp. 17-19.
- Boerner, D. (2001). Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform. *ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, pp. 2264-2270.
- Büdenbender, U. (2016). § 441. En Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel y Gerhard Ring, editores, *Nomos-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (NK-BGB)* (Tomo 2: Schuldrecht). Baden-Baden: Nomos.
- Canaris, C. W. (2003). Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht. *ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, pp. 321-327.
- Derleder, P. (2003). Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln. *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, pp. 998-1002.
- Faust, F. (2012a). § 441. En Heinz Bamberger, Herbert Roth y Florian Faust, editores, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Tomo 1: § 1-487). 3ª edición. München: C. H. Beck.
- Faust, F. (2012b). § 439. En Heinz Bamberger, Herbert Roth y Florian Faust, editores, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Tomo 1: § 1- 487). 3ª edición. München: C. H. Beck.
- Faust, F. (2012c). § 437. En Heinz Bamberger, Herbert Roth y Florian Faust, editores, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Tomo 1: § 1-487). 3ª edición. München: C. H. Beck.
- Grundmann, S., & Bianca, C. (editores). (2002). *EU-Kaufrechts-Richtlinie*. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Grüneberg, Ch. (2017a). § 349. En Otto Palandt, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 76ª edición. München: C. H. Beck.
- Grüneberg, Ch. (2017b). § 280. En Otto Palandt, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 76ª edición. München: C. H. Beck.
- Grunewald, B.. (2017a). § 437. En Walter Erman, editor, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 15ª edición. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Grunewald, B.. (2017b). § 441. En Walter Erman, editor, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 15ª edición. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Haas, L., Medicus, D., Rolland, W., Schäfer, C., & Wendtland, H. (editores). (2002). *Das neue Schuldrecht*. München: C. H. Beck.

•La relación de la rebaja del precio con la resolución del contrato y la indemnización... •

- Höpfner, C. (2017). § 437. En Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz y Jörg Mayer (editores), *Beck Online Großkommentar-BGB (BeckOGK-BGB)*. München: C. H. Beck.
- Huber, P. (2002). Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht. *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, pp. 1004-1007.
- Impreso Oficial del Bundestag, Parlamento Federal Alemán (BT-Drs.). (2001). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. *Drucksache 14/6040* del 14 de mayo de 2001. 14 Wahlperiode. Recuperado de <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf>.
- Köhler, H. (2016). *BGB Allgemeiner Teil*. 40ª edición. München: C. H. Beck.
- Lögering, M. (2009). Verlust etwaiger Schadensersatzrechte durch die Minderung des Kaufpreises. *MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht)*, pp. 664-667.
- Looschelders, D. (2016). *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 14ª edición. München: Vahlen.
- Lorenz, S. & Riehm, T. (2002). *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*. München: C. H. Beck.
- Lorenz, S. (2002). Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht – Was hat der Verkäufer zu vertreten?, *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, pp. 2497-2505.
- Lorenz, S. (2016). Vor § 439. En Franz Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker y Bettina Limperg, editores, *Münchener Kommentar zum BGB* (Tomo 3: Schuldrecht – Besonderer Teil I). 7ª edición. München: C. H. Beck.
- Matusche-Beckmann, A. (2014a). § 439. En Julius von Staudinger, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse* (§§ 433-480). Berlin: Sellier de Gruyter.
- Matusche-Beckmann, A. (2014b). § 441. En Julius von Staudinger, editor, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse* (§§ 433-480). Berlin: Sellier de Gruyter.
- Medicus, D., & Petersen, J. (2016). *Allgemeiner Teil des BGB*. 11ª edición. München: Vahlen.
- Medicus, D. (2003). Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht. *JuS (Juristische Schulung)*, pp. 521-528.
- Oetker, H., & Maultzsch, F. (2013). *Vertragliche Schuldverhältnisse*. 4ª edición. Berlin y Heidelberg: Springer.
- Reinicke, D. & Tiedtke, K. (2009). *Kaufrecht*. 8ª edición. Köln: Carl Heymanns.
- Saenger, I. (2016). § 441. En Reiner Schulze, Heinrich Dörner, Ina Ebert, Thomas Hoeren, Rainer Kemper, Klaus Schreiber, Hans Schulte-Nölke, Ingo Saenger, editores, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hk-BGB)*. Baden-Baden: Nomos.
- Schall, A. (2017a). § 346. En Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz y Jörg Mayer, editores, *Beck Online Großkommentar-BGB (BeckOGK-BGB)*. München: C. H. Beck.

- Schall, A. 2017b. § 349. En Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz y Jörg Mayer, editores, *Beck Online Großkommentar-BGB (BeckOGK-BGB)*. München: C. H. Beck.
- Schmidt, D. (2017). § 441. En Hanns Prütting, Gerhard Wegen y Gerd Weinreich, editores, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 12ª edición. Köln: Luchterhand.
- Scholz, R. (2017). Art. 23. En Theodor Maunz y Günter Dürig, editores, *Kommentar zum Grundgesetz*. München: C. H. Beck.
- Schubel, Ch. (2002). Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Kaufrecht. *JuS (Juristische Schulung)*, pp. 313-319.
- Stöber, M. (2006). *Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Stöber, M. (2011). Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer. *ZGS (Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht)*, pp. 346-352.
- Stöber, M. (2017). § 441. En Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz y Jörg Mayer, editores, *Beck Online Großkommentar-BGB (BeckOGK-BGB)*. München: C. H. Beck.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). (1964). *Sentencia del 15 de julio de 1964. Asunto 6/64*. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf>.

CONTRACT, AGREEMENT & ALL YOU CAN EAT: LOS MODELOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO, PREMIOS NOBEL DE ECONOMÍA Y LA TEORÍA CONTRACTUAL

José Guillermo Castro Ayala*

Resumen

De vieja data, la búsqueda de la eficiencia económica en las relaciones contractuales es uno de los temas que han suscitado los más grandes retos para los analistas de la teoría económica de los contratos. En 2016, el premio Nobel de Economía fue otorgado al estadounidense Oliver Hart y al finlandés Bengt Holmström, por sus aportes en el campo de la “teoría de los contratos”, debido al desarrollo de nuevos modelos teóricos para la creación de acuerdos contractuales más eficientes

* Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (LI.M) y Doktor Iuris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

económicamente hablando. Los galardonados centraron su investigación con la perspectiva de la efectividad de los modelos contractuales, basada en el equilibrio de los riesgos y los incentivos de las partes, y en la disminución de la conducta provechosa que alguna de estas puede obtener a través del acuerdo contractual.

Se ha creído que el trabajo desarrollado por estos dos investigadores se enmarca únicamente dentro de los postulados de la teoría económica de los contratos, y se aleja, por ello, de la perspectiva jurídica sobre la materia, sumado ello a la consideración de que esa percepción, netamente económica, no es acertada. Por tanto, se propone, como idea liminar, el hecho de que el abordaje tanto jurídico como económico del tema no resulta del todo contradictorio o diverso, sino que las dos formas de análisis resultan complementarias y vigorosas, a la luz de los derechos fundamentales y de la eficiencia legislativa interpretativa.

Palabras clave: Teoría económica del contrato, teoría jurídica del contrato, estímulo económico, optimización económica del contrato

Abstract

It has remained that the search of economic efficiency in contractual relations has long been one of the issues that has generated the greatest challenges for economic analysts of the theory of contracts. In 2016, the Nobel Prize in Economic Science was awarded to the American Oliver Hart and the Finn Bengt Holmström, for their contributions to contract theory, for the development of new theoretical models for the creation of more effective contractual agreements. The winners focused their research from the perspective of effectiveness of the contractual models, based on the balance of risks and incentives of the parties, and the reduction of profitable behavior that some of these can obtain through the contractual agreement.

It has been believed that the work developed by these two researchers is framed only in the postulates of the economic theory of contracts, moving away from the legal perspective on the matter, added to the consideration that this net economic perception is not right. Therefore, it is proposed as a liminal idea, the fact that the legal and economic approach of this topic, is not entirely contradictory or diverse, but rather, the two forms of analysis are complementary and vigorous, in the light of the fundamental rights and interpretative legislative efficiency.

Keywords: Economic theory of contracts, Legal theory of contracts, economic incentive, economic optimisation of contract

Introducción

Resulta relevante en el ámbito jurídico que el Nobel de Economía 2016 se otorgase a la teoría del agente principal (*Principal Agent Theory*), de los académicos Oliver Hart y Bengt, pues la teoría asume que los contratos permiten el funcionamiento de la economía, presupuesto que se ha integrado a la teoría del negocio jurídico para exponer su importancia y su relevancia. A grandes rasgos, la teoría galardonada explora la forma como se contrata y sus consecuencias, y señala que si el director (mandante o cliente) da una orden, no es muy claro si los incentivos resultan suficientes para establecer una garantía de que el mandatario o el comisionado la cumplirán de acuerdo con los intereses generales, ya que, a menudo, este último intentará obtener lo mejor para sí mismo y aprovechar su ventaja informativa.

Aquí hay dos ejemplos: a) en una sociedad anónima, el Consejo de Supervisión representa a los accionistas y celebra un contrato con el Consejo de Administración, que luego se hace cargo de la gestión real de la empresa. En tal caso, resulta altamente incierto si el Consejo de Administración comparte el interés de quienes encargaron la gestión (*shareholder*); es decir, del Consejo de Supervisión. En esta circunstancia pueden encontrarse puntos de incentivos que sean diferentes para todas las partes; bien puede suceder que el gerente (*manager*), pensando en el corto plazo, lleve a cabo acciones que lo beneficien, como intentar aumentar su salario o que alguna de las partes, con algún poder, gestione algún incentivo particular. El caso no resulta ajeno a la realidad, si se piensa que en la crisis financiera de 2007 y 2008 —que afectó a todo el mundo, pero principalmente a Estados Unidos— quedó demostrado que los banqueros de inversión llegaron, incluso, a perseguir prácticas ilegales para aumentar sus bonos (British Broadcasting Corporation, 2015).

Otro ejemplo frecuente se puede observar en la relación entre el empleador (principal) y el empleado (agente). En este caso, desde sus funciones, el jefe no puede controlar por completo si los trabajadores realmente trabajan con todas

sus fuerzas para la empresa o, simplemente, cumplen con una labor normal ni, mucho menos, puede asegurar que lo que hacen es en beneficio de la compañía o en ventaja particular, por lo cual existe cierta desconfianza.

La teoría del contrato tiene dos características muy marcadas: 1) es una teoría principalmente matemática, de manera que muchos vacíos o lagunas son cubiertos a partir de distintas fórmulas aritméticas; y 2) a menudo, se basa en el hombre racional y egoísta: el *Homo economicus* de la teoría neoclásica. No es necesario indagar en las demostraciones que ha presentado la teoría acerca del comportamiento de las personas, pero a partir de su contenido se pueden generar preguntas como: ¿Quién, a partir del *Homo economicus*, quiere evitar que los trabajadores egoístas se enriquezcan a costa de su compañía?

Gran parte del sustento teórico de la propuesta de los premios Nobel surge de un problema práctico: los sujetos se encuentran ante situaciones problemáticas a la hora de realizar contratos eficientes, toda vez que no hallan la forma de medir con certeza el rendimiento y la falta de capacidad del agente, asumiendo que, como regla general, se espera que todos los contratos puedan expresar de forma certera los términos contractuales detallados por adelantado para manejar situaciones futuras (Castaño, 2017).

Una teoría que tenga esas implicaciones parte, necesariamente, de reconocer los supuestos de la teoría de los contratos incompletos, de Oliver Hart, la cual resalta como eje principal los derechos de decisión y de propiedad (Hart, 2003), contrastándola con el modelo Holström, quien complementa la estructura multitarea agregando situaciones definitivas, como incentivos que aumentan el rendimiento o las libertades del trabajador para estructurar sus funciones y su propiedad misma (Castaño, 2017).

No cabe duda: los ganadores del Nobel desarrollaron juiciosas ideas que intentaban resolver el dilema económico y práctico entre el director y los agentes económicamente racionales. En esencia, la teoría del contrato planteada consiste en poner fin a la vergonzosa supresión del comportamiento (equivocado) entre mandante y mandatario en los modelos neoclásicos de toma de decisiones sobre la teoría de los mercados laborales y las constituciones corporativas, incluyendo la eliminación de la mala conducta moral.

Pero lo anterior no resulta suficiente, pues aún faltan temas importantes; al menos, en el ámbito jurídico: desde hace tiempo, se sabe que las condiciones

laborales determinan si los empleados trabajan de forma eficiente para sus empresas o no. El vínculo humano, el trato y otros elementos influyen en el desarrollo contractual que ejerce el agente, y eso incluye, por ejemplo, el estilo de gestión del supervisor.

También se ha demostrado que, eventualmente, el comportamiento de un sujeto puede virar hacia una conducta determinada a través de algunos incentivos como los bonos. Sin embargo, estas investigaciones sociopsicológicas empíricas no juegan un papel relevante en la economía. A partir de dicho supuesto, es plausible sentir que ese divorcio entre lo económico y lo jurídico en lo contractual es casi irreconciliable. No es nueva la tesis que ha sostenido la relación inescindible entre lo económico y lo jurídico en el tema contractual. Así lo ha entendido la teoría moderna, al señalar que es necesario analizar los contenidos económicos —e incluso, sociales— para entender la trascendencia que tiene una institución jurídica como el contrato en los individuos (Garrido, 2008).

Doctrinantes como De Munagorri (2001) han señalado que el derecho y las opciones normativas tienen siempre un costo, y desde la figura más alta en la estructura se debería asumir que el derecho comporta en sí mismo un valor económico. Es usual que en el derecho se asuma la explicación del análisis económico a través de la teoría de los juegos, en la que cada parte intenta obtener su mayor beneficio, sin que ello implique poner su mayor esfuerzo.

Los bonos para los promotores de ventas, o *managers*, son los estímulos más equivocados en el plano de la eficiencia de un contrato. Eso es lo que los dos premios Nobel Oliver Hart y Bengt Holmström, ya desde hace décadas, han descubierto, mostrado y comprobado. Por supuesto, surge la pregunta: ¿Por qué, en general, los bancos no se han interesado por este tema?; incluso, ¿qué es lo que dice la teoría del contrato sobre las relaciones de ocupación en la ciencia?

Las cuestiones del comportamiento económico son bien conocidas no solo con la perspectiva financiera, sino, incluso, con la jurídica; y, entre la obra de otros, puede reconocerse la del profesor Fabian Herweg, quien —en Alemania— también investiga en la misma dirección de los dos profesores premiados. A su vez, todos esos temas despiertan un especial interés en los juristas; especialmente, los comercialistas, quienes, de alguna manera, parecen sorprenderse al verificar que la teoría contractual —a la que propiamente le dedican su vida— tenga la propiedad de generar premios de millones de dólares... para economistas.

En estricto sentido, doctrinalmente lo que importa es que las orillas desde las cuales se proyectan las perspectivas comprensivas y renovadoras sobre el contrato, desde lo económico y desde lo jurídico, son ciertamente distintas y algunos como Amartya Sen (2001) o, incluso, el mismo Keynes (pero, sobre todo, Posner y Calabresi) ya mencionaron que resultan totalmente contrarias. Así, mientras los juristas abordan los contratos para verificar su validez y su eficacia desde un constructo previo, como lo son la ley, la Constitución o las comprensiones jurisprudenciales, los economistas tratan la conceptualización de los contratos desde las previsiones, las percepciones y, sobre todo, como se verá aquí, desde los estímulos económicos.

Este texto trata de analizar de manera muy sencilla esa percepción económica y de proponer, como idea liminar, el hecho de que tanto una como otra forma de abordaje no resultan del todo contradictorias o diversas, sino que, si se hace una comprensión más amplia —por ejemplo, la de los derechos fundamentales o la de la eficiencia legislativa interpretativa— fácilmente puede concluirse que las dos formas de abordaje resultan complementarias y vigorosas. Inevitablemente, se internará responder a la siguiente pregunta: ¿Parte la teoría del contrato, en realidad, de una percepción del *Homo economicus*? Esto es, ¿parte de actores racionales, que sus ventajas materiales, puramente económicas, tratan de maximizar y optimizar?

***All you can eat*: la eficiencia del contrato y la optimización económica de la declaración de voluntad**

Cómo los contratos crean y difuminan unos estímulos equivocados es algo que se puede ver fácilmente en todos los restaurantes que operan bajo el modelo de *All you can eat*, o “todo lo que puedas comer”, donde quien allí paga un precio fijo puede especular tanto como él quiera con sus ojos respecto a su propio estómago. Todo ello genera la apariencia de que quien más comida carga en su plato —incluso, las dos o tres veces que pasa por el *buffet*— hace bien las cosas; pero, al final, lo que resulta cierto es que muchos alimentos y mucha comida son arrojados a la caneca, incluso aún intactos. Estos son los típicos problemas de los teóricos del contrato (desde el punto de vista económico).

En la teoría contractual, ya desde las percepciones típicas siempre se trataba de resolver conflictos de intereses (Arruñada, 1998). Exactamente eso es lo que sucede en el ejemplo mencionado: el comensal nunca tendrá interés en observar y considerar de manera eficiente la cantidad de comida que en realidad —en términos de hambre, de salud y de eficiencia negocial, o precio pagado por comida recibida, impuestos pagados, sobrecostos y costos ciertos de producción— se puede —se debería— comer, como dirían los economistas. Por el contrario, si el comensal tuviese que pagar por cada cosa que piensa comer, cada uno se haría muchas más preguntas y reflexiones al respecto.

El ejemplo anterior sirve para seguir irradiando (y soportando) teorías: ¿Qué pasa si, como en algunos modelos recientes —cada vez más populares—, existe la posibilidad de que el mesero pueda exigir una penalidad o una sanción (si se quiere, una multa) cuando queda algo sobre el plato? ¿Cómo se trataría esto desde la economía? ¿Cómo, desde el derecho? Pero aún más: ¿Lo pactado sería una cláusula penal? ¿Un poscontrato? ¿Un efecto negocial postacuerdo? Un estímulo contractual —tema de los investigadores galardonados con el Nobel— sería válido, entonces, desde la economía si procurara que el cliente o el comensal ordenara o tomara del *buffett* únicamente lo que él, en realidad, se quisiera comer. El ejemplo es ciertamente banal, y, en realidad, es muy poca la ciencia que se necesita para determinar los efectos perjudiciales de cada una de las formas de promoción publicitaria, pero existen demasiados casos en los que la investigación contractual cobra una relevancia ineludible.

Otra situación importante puede ser la siguiente: en los contratos de “administración de negocios top” (*Top manager*) se debe estimular la incorporación de los intereses a largo plazo de la empresa en su desarrollo. Supóngase que el *manager* de un futbolista que ha cruzado la línea del estrellato comprometiera al jugador a conseguir ciertos resultados, dependiendo de la posición en la que juega y desatendiendo su desgaste físico: todo parecería indicar que ello no es algo relevante, pero luego de los estudios de los dos premios Nobel y varios de sus colegas, ha quedado demostrado que las consecuencias sobre la vida útil del jugador serían (son o han sido) catastróficas, ya sea porque el desgaste físico para alcanzar esos objetivos implica un agotamiento imprevisible o por el hecho de que, dependiendo de las vicisitudes del respectivo campeonato, podría parecer más útil mantener al jugador en la banca, todo lo cual redundaría, de una u otra

forma, en un inadecuado entrenamiento, pero también, por sobre todo, en su olvido por los espectadores y, consecuentemente, en su desgaste profesional en cuanto a su *good will*.

Desde el ámbito jurídico, a partir de esas enunciaciones podría plantearse una comparación sencilla: en la legislación civil clásica existen mecanismos que buscan propiciar una conducta de lealtad a) entre los contratantes y b) frente a terceros. En efecto, figuras como la lesión enorme, los vicios redhibitorios y los vicios por evicción (y, claro está, cada uno de sus efectos jurídicos) delimitan el actuar de los contratantes desde periodos incluso muy anteriores a la celebración misma de la negociación. Para algunos, esa delimitación supone una simple corrección ética, bajo los postulados de la buena fe; pero lo cierto es que la conciencia de necesidad de evitar una indemnización de perjuicios o la acomodación patrimonial del justo precio, para el caso de la lesión enorme, contribuyen en un alto grado a la corrección económica y, por ende, a la optimización económica del contrato. Lo propio ocurre con el respeto de los derechos fundamentales; sobre todo, en cuanto a la dinamización de la libertad, comprendida como elemento fundante de la autonomía privada, a través de la proporcionalidad y la ponderación contrapuestas a la autonomía de la contraparte negocial.

El estímulo económico: un factor psicológico que promueve la economía

El concepto de los estímulos económicos mencionados en el acápite anterior parte de una razonabilidad muy amplia, que se integra a una variedad de formas contractuales. Para comenzar, vale la pena mencionar el contrato de seguro. Así, por ejemplo, supongamos que un sujeto ha celebrado un contrato de aseguramiento de bicicleta contra robo. Entonces, en el panorama consecuencial a la celebración de ese acuerdo, pueden ocurrir dos cosas:

- a. Que se incremente la atención del propietario y usuario de la bicicleta para tratar de parquearla en un sitio seguro.
- b. Todo lo contrario: en atención a que ahora existe el contrato de seguro, el usuario de la bicicleta, simplemente, la deja en cualquier parte, porque “el seguro cubrirá” cualquier clase de siniestro que ocurra.

La teoría (económica) del contrato debería, entonces, crear estímulos significativos para que el propietario —el usuario— asegurado, trate de tener el mayor cuidado posible a la hora de parquear su bicicleta, a través de deducibles, de mayor rigurosidad para volver a contratar con la misma o terceras compañías en caso de hurto; o se debería determinar de manera cuidadosa el grado de culpa del usuario asegurado en la comisión del robo, si es que este, en realidad, la parqueó mal, para hacerlo, entonces, responsable de un porcentaje de su propia indemnización.

Otra área interesante de aplicación de la teoría contractual económica es el mercado financiero: si una empresa de capital acepta, por ejemplo, apoyar una idea innovadora, como la movilidad eléctrica, deben ser creados estímulos capaces de provocar a) que la idea, de verdad, se realice; pero también, b) que se realice lo más pronto posible, por ejemplo, disminuyendo i) semestre por semestre, el dinero aportado a los ingenieros que desarrollan el proyecto y no que ii) se utilice el dinero para que el gerente (de los ingenieros) cambie de casa, cuyo pago efectivo iii) ameritaría que los fondos fluyan hacia él por mucho más tiempo: en realidad, la mayor cantidad de tiempo posible, sin que el proyecto se realice, implicaría el final del flujo de fondos, lo cual le dificultaría significativamente pagar su casa. El estímulo correcto —lo cual puede ser ciertamente difícil de determinar, en términos económicos, jurídicos y de viabilidad— va a producir que tanto la inversora como quienes desarrollan el proyecto se conviertan en personas exitosas, pero en el menor tiempo posible. Como se vio, el estímulo equivocado generaría, por el contrario, la crisis para todos.

Una tercera esfera y que ha merecido la especial atención de los dos economistas galardonados con el premio Nobel, es la laboral; sobre todo, en lo referente al tema de los pagos de bonos para empleados estrellas, frecuentemente usado en el sistema financiero o de inversiones y mercados de futuros. Para los condecorados, el análisis económico de ese incentivo contractual implica unas necesarias preguntas: ¿Cuándo el pago de bonos para los *managers*, los corredores de bolsa o los simples vendedores representan un estímulo positivo, no solo para ellos, sino, también, para la firma que los paga? ¿Cuándo no? ¿Cuándo es plenamente racional la creación de un bono? ¿Cuándo no? ¿Qué respuestas ofrece la ciencia económica para ello?

Ciertamente, ubicar una respuesta única atendiendo la multiplicidad de variables (valor del bono, tiempo de permanencia de este, objetivo perseguido por el bono, consecución parcial del objetivo, efectos de los bonos entendidos como estímulo para el empleado, etc.) es difícil: el teórico económico quisiera, en realidad, que el bono o la comisión estuvieran ligados, fundamentalmente, al éxito a largo plazo de la empresa y no a ventas inmediatas o a promociones temporales. Sin embargo, a veces, la determinación económica de la comisión o el bono mismo en cuanto a su naturaleza —o, incluso, su pago—, como ventaja en el tiempo para la empresa, son muy difíciles de materializar.

Se diría, intuitivamente, que se pueden articular el bono o la comisión con el curso de la acción de venta, pero, como ya se dijo, ello solo se reflejaría (tendría efectos exitosos) para la empresa en el muy corto plazo; incluso, en plazos de días u horas. Una salida coherente podría ser la de vincular el bono al curso de la acción de la empresa —por ejemplo, en el largo plazo futuro—, pero ello significaría prometer hoy un bono que solo va a ser pagado de una manera muy tardía, si se quiere: en un futuro demasiado indeterminable. Y todo ello también es muy difícil de materializar, pues las otras variables de las que depende la viabilidad de la empresa —y, por ende, la del curso de la acción— también estarán jugando un papel significativo. A estas problemáticas situaciones hay que agregarles el hecho de que el monto de cada *manager* o administrador individual es casi imposible de valorar, en términos de éxito para la empresa, como también ha quedado dicho; porque existe, también, cualquier cantidad de factores externos. El empresario tampoco quisiera —dentro de una economía de mercado saludable— que el *manager*, entonces, terminara siendo sobrerremunerado tan solo porque la coyuntura ha sido positiva.

El mensaje del otorgamiento del Nobel: la estabilidad y la perdurabilidad económicas

Un mensaje para 2016 que se desprende del otorgamiento del Premio Nobel a los dos economistas mencionados es que, en el sector del alto riesgo económico, el patrimonio y, sobre todo, las cuentas, haciendo énfasis en los egresos, deberían, a lo mejor, ser lo más fijos y estables posible. Por supuesto, a los bancos y a las empresas con altísimo riesgo, como el Deutsche Bank o la misma Volkswagen,

semejante tipo de reconocimientos desde la ciencia económica podría decirse que, abiertamente, poco les importan. Si no fuera así, no habríamos tenido nosotros hace unos años, tras la crisis de las *Supprime*, la ácida discusión sobre el pleno pago de los bonos. Pero el mensaje velado de dicha premiación, sin lugar a dudas, gira en torno a esa situación: las ventajas del contrato entendido como previsibilidad.

A lo mejor, algo es totalmente correcto: cuando se tiene en los sectores con estructuras altamente riesgosas —en especial, los bancos— un éxito especialmente alto y bien remunerado, se crea a partir de ello un estímulo para los *managers*, los vendedores y los promotores de los productos financieros y, específicamente, para perseguir proyectos altamente riesgosos. Por ejemplo: crear altos niveles de endeudamiento en capas de la sociedad que deban esforzarse significativamente para cubrir sus deudas con el sector empresarial financiero, lo que, ciertamente, es muy peligroso, pero en caso de éxito, puede no solo implicar la colaboración social absoluta del éxito financiero, sino que crea percepciones muy agradables respecto a los beneficios del crecimiento a través de la deuda. La moraleja no resulta agradable para el grueso de la población: en caso de éxito, serán ellas bien remuneradas; pero cuando, por el contrario, la cosa fue de mal en peor, en realidad no les pasa nada terrible.

Es ciertamente difícil que el Estado deje quebrar un banco y, ciertamente, no resulta factible que alguien pueda tomar el patrimonio de un banco para pagarse. El problema, en todo caso, no es nuevo: en la ciencia, incluso —se dice, desde el keynesianismo (Keynes, 1965)— es conocido desde siempre; por lo tanto, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que en el sector financiero son mucho más deseables las remuneraciones fijas —ojalá, laborales, y no en estricto sentido comerciales o crediticias respecto a los administradores y los *managers*—, todo lo cual no necesariamente es tenido en cuenta en la praxis. Ello puede —por supuesto, desde la academia— enrostrarse a los bancos en las coyunturas críticas, o, a lo sumo, científicamente señalárselo.

A. El Deutsche Bank y Volkswagen

El ejemplo del Deutsche Bank es de verdad pernicioso: durante un tiempo muy considerable, fue uno de los bancos más exitosos de Europa (Moss, 2008). A

comienzos del nuevo milenio, la acción crecía desmesuradamente; en esa medida, los pagos de los bonos de los bancos resultaron, por lo mismo y a través de ello, en (por decir lo menos) muy altos intereses a muy corto plazo, pero no necesariamente, en interés de los contribuyentes. Eventualmente, los contribuyentes resultaron pagando por un fracaso de estos grandes bancos, no solo por sus mayores ingresos grabados inicialmente, sino por cuanto su presunción de renta posterior era también demasiado alta, cuando ya no percibían más los disminuidos beneficios. Aquí, para el caso alemán, se dice que el legislador se distrajo, “se durmió”, y por ello fracasó en la necesidad de regular el tema.

Los bonos también fueron pagados en muchos casos en los que, en realidad, no había ninguna clase de ganancia cierta. Y es que hay ocasiones en las cuales suceden casos abstrusos: en efecto, cuando se piensa en el caso de Volkswagen, por lo menos eso es lo que se concluye. Los pagos de bonos se deberían, sobre todo, acoplar al éxito significativo y grandioso de las empresas. No se necesita ser un matemático actuarial o un doctor en microeconomía para admitir que, dentro del marco del escándalo por la emisión de gases, con pagos de indemnizaciones en los Estados Unidos, hubo una baja y una ruptura en el valor de la acción: no existía ningún motivo para pagarles bonos a los *managers*; sin embargo, se produjo ese debate.

Aparentemente, ello nos revela que las empresas tienen una cultura de los bonos, para estimular un avance progresivo o para ocultar realidades, todo lo cual nos deja la sensación de que las comisiones o los comités de vigilancia y el *management* no se equilibran dentro de la administración empresarial, sino que juegan en un balancín, el uno contra el otro, para producir toda clase de ventajas o eliminar (ocultar) desventajas empresariales. El bono pierde aquí su relación con el éxito empresarial, y se convierte, con ello, en un estímulo que no guarda ninguna relación con un comportamiento racional y ético.

Pero eso es la pregunta central: ¿parte la teoría del contrato, en realidad, de una percepción del *Homo economicus*? Esto es, ¿parte de actores racionales, que sus ventajas materiales, puramente económicas, tratan de maximizar y optimizar?

La teoría contractual clásica parte, en efecto, de ese *Homo economicus*. Recién apenas, Oliver Hart, sin embargo, se ha ocupado, en tiempos más recientes, de conceptos y percepciones alternativos (Hart & Moore, 2006). Incluso, se ha planteado la cuestión de si ellos también pueden ser entendidos como teóricos del

contrato, o qué investigan en propiedad ellos. En una gran proporción, la mayoría de los economistas que pueden ser catalogados como teóricos del contrato se ocupan, fundamentalmente, de ello, de cómo han de verse los más justos “salarios” u honorarios de los empleados o los comisionistas. Con una fuerte influencia en la República Federal, no pocas de dichas investigaciones se fundamentan en un conocido artículo de Bengt Holmström (1982), donde, estructuralmente, se parte de interpretar la realidad económico-contractual alejándose mucho del contexto usual sobre las preferencias de riesgo.

En realidad, quienes no comparten ese criterio parten de una premisa fundamental: las personas no quieren correr ninguna clase de riesgo y se comportan de manera tal que evitan el riesgo. Sin embargo, la pregunta fundamental es: ¿Cómo modelan las personas ese riesgo (que parece permanente)? Se suele escoger para ello, mejor, un principio proveniente de la psicología, más que de la economía y con el que se puede evidenciar (mostrar) que uno recibe de manera relativamente simple estímulos contractuales que, preferentemente, están en consonancia con eso que el eventual contratante observa en la realidad, por sobre todos los otros criterios que se encontraban analizados y previstos en el artículo de Bengt Holmström (1982).

Así, se puede hacer mucha claridad con un ejemplo: la investigación del comportamiento económico nos muestra que los estímulos económicos, incluso, pueden ser más perjudiciales, pues reconducen a que las personas se delimiten en aspectos puramente monetarios para tomar sus decisiones y, por supuesto, en un momento dado eso puede destrozar sus intrínsecas motivaciones. Estudios muy juiciosos sobre el tema confirman que tan pronto como se le paga dinero a alguien por realizar una determinada tarea —supongamos, a un muchacho, por quitar las hojas secas de los jardines de una cuadra; o relativamente, vigilar que los mercados se comporten adecuadamente (como una tarea ocasional derivada de otra mucho más compleja, como vender o comprar acciones)— puede ocurrir que esa persona hace peor ese mismo trabajo que antes hacía por pura motivación u orgullo propios; básicamente, porque subordina ahora (reorganiza) la importancia de esa tarea a un valor económico. Así mismo, se ha confirmado, a través de las mismas investigaciones, que recién cuando ese dinero relativamente es menor, ocurre una reacción. Todo eso parece, entonces, ya no ser tan importante: cobra un valor banal y se lo ve como una pesada e innecesaria carga, mientras que

esas tareas hasta antes solo eran realizadas por una motivación intrínseca o por un compromiso de autoestima propio.

B. ¿Y los fondos públicos para la educación? Los contratos académicos universitarios

Un caso paradójico que crea interrogantes en la universidad pública en todo el mundo es cómo encajar las labores docentes universitarias que implican investigación, clases, dirección de trabajos, investigación aplicada y, por ejemplo, desarrollos a favor de los gobiernos o Estados relativos a la enseñanza de alta calidad universitaria; ¿qué ocurre en estas mismas áreas de investigación para los contratos en el área de la ciencia? ¿Cuáles son los estímulos correctos contractuales para los profesores? ¿Qué diría la ciencia sobre los contratos académicos? En general, los profesores de la República Federal de Alemania reciben durante los primeros tiempos pagos de salarios que están acoplados a criterios fundamentales. Cada universidad experimenta ya aquí fenómenos muy diversos. Por virtud de ese proceso, está la mayoría de los profesores intrínsecamente motivada a investigar. Se debería, entonces, como directivo de la universidad aquí —inicialmente— no crear ninguna clase de estímulo para crear conocimiento.

Pero los científicos también descuidan con ello la cátedra; esto es, las horas de clase que deben impartir y a sus colaboradores científicos que investigan paralelamente a ellos. En esa medida, se deberían crear y ofrecer estímulos, para que los profesores tuviesen la intención de permanecer con suficiente tiempo y compromiso en sus cátedras escuchando los interrogantes de sus estudiantes, las dudas de sus doctorantes y maestrandos, ofreciendo alternativas y, por supuesto (sobre todo), preparando sus propias clases. Esto es también realidad cuando el profesor recibe determinados componentes de ingresos solo cuando determina, por ejemplo, desarrollar un nuevo curso alternativo a sus materias principales.

Con los nuevos científicos (habilitantes, doctorantes, maestrandos) es un poco más complicado, porque los estímulos funcionan, en gran medida, sobre los llamados consorcios de carrera. Eso significa que ellos no reciben ninguna clase de pagos por bonos, sino que existe el solo estímulo de esforzarse para poder ser profesor en realidad. Ello ocurre solo primariamente a través de la composición de publicaciones científicas; por lo tanto, en realidad hay muy pocos estímulos

para los nuevos científicos y, de hecho, solo hay uno: poder guiar una cátedra y volverse profesor.

Muchos jóvenes científicos que quieren volverse profesores se quejan permanentemente de que, en la ciencia, en general los estímulos serían muy regulares: contratos a tiempo determinado o de plazo fijo, perspectivas inseguras y, en general, demasiadas dificultades para poder acceder de manera definitiva a una carrera académica. Por lo mismo, un fenómeno interesante es que las “buenas cabezas” (*gute Köpfe*) a menudo deciden irse por otras vías: por ejemplo, cambiarse a la economía o a los sectores bancarios y energéticos, típicamente bien remunerados. Sin embargo, un estímulo muy complejo de analizar es que, como lo sugieren los dos premiados, en gran medida y en una completa medida, la ciencia puede llegar a generar los estímulos suficientes, a pesar de las complicaciones evidentes: ello significa que, al final, quedan, por supuesto y, sobre todo, quienes en la academia y en la ciencia son exitosos. Ellos pueden también volverse profesores.

Existe, por supuesto y además de esas observaciones, la tendencia a que son —a las buenas o a las malas— presionados para quedarse en la ciencia y en la academia, al ser entendidos como los más talentosos para ello; incluso, por sus mismos pares. Por supuesto, la tendencia implica que también la van a tener permanentemente difícil: un buen investigador no es un buen administrador, y un buen pedagogo, por lo general, no tiene claramente desarrolladas las otras dos virtudes y talentos (administrativas y de investigación).

Un gran problema, en todo caso, es que este proceso es analizado y juzgado con una gran cantidad de variables y diferencias, no siempre justas. Ello se podría cambiar, con seguridad, digamos, con la ayuda de los procedimientos de *Tenure Track*, como son conocidos en Estados Unidos. Ello significa que la persona, luego del tiempo doctoral, es empleada como profesor asistente y cuando ha logrado hacer bien las cosas (luchar con la parte administrativa, el tema de las calificaciones, las clases, la administración de un presupuesto anual, viajes, ponencias y presentaciones que impliquen progreso social, de conocimiento y científico), además de haber publicado lo suficiente, podrá darse un chance de luchar mucho más para lograr su nombramiento en esa cátedra; primero en un periodo de prueba y luego, como profesor en encargo, para terminar siendo llamado a ocupar la respectiva plaza, que, como sabemos, depende de recursos muchas veces públicos (que es donde la aplicación de estos procesos ha sido

exitosa), pero otras veces privados (donde la complicación de la medición es más alta). Todo ello generaría una menor inseguridad, lo cual sería mejor para que los estímulos fueran más claros, pero también, para los colaboradores científicos que están, precisamente, a la mitad de su formación científica y académica. Un estímulo ligado a la motivación intrínseca o por un compromiso de autoestima propio generaría un panorama de menor inseguridad.

Los esquemas de administración negocial de don Andrés Bello y el Código Civil: el negocio para otro, el negocio por otro, el depósito y el mandato

En el derecho, los incentivos y la estructura de administración de negocios se regularon de distinta forma a partir de otros conceptos diferentes por completo de los económicos, aunque pretendían la concurrencia de una mayor efectividad. Los sistemas jurídicos lograron reconocer la figura de la representación tras recoger, modificar y adaptar los postulados heredados del derecho romano, en el que se prohibía. Desde el artículo 1505 del Código Civil Colombiano, se reconoce la capacidad de una persona para actuar en nombre de otra por facultad de ella o de la ley (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2006).

En el esquema jurídico propuesto por don Andrés Bello, se establecen formas de administración de negocios en los que se realiza la gestión a nombre propio o por el *dominus* en relación con la masa de bienes (Pérez Vives, 2009). En estricto sentido, dicho modelo garantiza que los efectos buscados siempre favorezcan a la parte que tiene intención en el negocio, sin importar que el manejo de este provenga de un tercero. Tal aspecto fue desarrollado de igual forma por la jurisprudencia, entendiendo la importancia del fenómeno en la realidad económica; a partir de allí, destacan algunas figuras.

A. El negocio para otro

En el artículo 1506 del Código Civil se da cuenta de la estipulación que busca el beneficio de un tercero que puede aceptarlo o declinarlo. Esta institución, que fue aceptada en el Código Civil de Andrés Bello, y separándose del artículo 1121 del Código Civil francés, existe “cuando las partes en un acto jurídico convengan que sus estipulaciones se entenderán pactadas [...] en beneficio de un tercero, único que puede reclamarlas” (Pérez Vives, 2009, p. 183).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Ochoa, s. f., citado en Pérez Vives, 2009) ha entendido que la estipulación para otro se caracteriza por la carencia de voluntad en la estipulación por parte del tercero beneficiado y por la negativa a obtener derechos para sí del propio estipulante. En un modelo de negocio claro, es entendible que se intente establecer estipulaciones a favor de otro, como se ha determinado en los anteriores ejemplos, aunque económicamente el argumento de su beneficio no sea tan fuerte.

B. El negocio por otro

En el derecho romano no se podía hacer la estipulación por otro o el negocio por otro bajo el principio *alteri stipulari nemo potest*, ya que los contratos producían efectos solo entre las partes que los acordaban, *res inter alios acta aliis non prodesse potest* (Josserand, 2007, p. 154).

Si bien puede relacionarse con la institución mencionada, la estipulación por otro en el proyecto de Andrés Bello implica la aceptación del tercero, que queda obligado desde dicho momento, entendiéndose como: “la promesa que una persona hace de obtener la posterior ratificación de otra a determinadas obligaciones pactadas por el prominente, sin que, al momento de hacerlo, tenga la autorización del futuro obligado” (Pérez Vives, 2009, p. 182).

En ese sentido, el promitente no debe estar facultado para representar al tercero y debe obligarse a obtener la ratificación de este, como elemento esencial. Primordialmente, el negocio por otro, como la representación en términos generales, responde a las necesidades propias del comercio, porque “en muchas ocasiones puede ser conveniente que el representante o apoderado adquiera el derecho y, posteriormente, mediante nuevo negocio, lo transmita al representado” (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2006, p. 600).

Las dos figuras mencionadas resultan esquemáticamente procedentes en un modelo de negocio dentro del campo económico y precisan, de forma estructural, la forma como el beneficio puede ser intuido previamente a la realización del negocio, incluso, sin la aquiescencia primaria del que se va a beneficiar.

C. El depósito y el depósito necesario

El depósito ha sido entendido como el contrato en virtud del cual se confía una cosa corporal a una persona con el fin de que esta la guarde y la restituya en especie (Código Civil, art. 2236). Sobre el depósito necesario, ha señalado el artículo 2260 del Código Civil que este se presenta “cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante”.

En ese orden de ideas, resulta claro el hecho de que el contrato de depósito se torna en un modelo de contrato más equilibrado y eficiente si, mediante un esquema de incentivos, como lo es la conciencia de necesidad de soslayar los efectos negativos derivados del incumplimiento contractual, se realiza una corrección económica, pues las partes pueden evitar, a través de la debida ejecución de las prestaciones, la indemnización que surge en cabeza de cada frente a los escenarios de incumplimiento; verbigracia, la indemnización que surge en cabeza del depositante para con el depositario sobre los perjuicios que le haya causado el depósito a este último, siempre y cuando no medie culpa del segundo en la causación del daño (Código Civil, art. 2259).

D. El mandato

El contrato de mandato tiene fundamento en el artículo 1505 del Código Civil, pues dicho acuerdo se sustenta en la facultad que una parte contractual confiere a la otra para gestionar uno o varios de sus negocios, por su propia cuenta y riesgo. Ahora bien, ese negocio jurídico puede llegar a ser óptimo si en él están latentes la búsqueda de un equilibrio entre los riesgos y los incentivos de las partes contratantes. Para ello, resulta necesario reconocer las variables que generan una motivación intrínseca tanto del mandante como del mandatario, con el fin de generar un “equilibrio de incentivos” en el que se disminuya al máximo la conducta provechosa de alguna de las partes contratantes. Uno de los incentivos que podrían permitir la ejecución del contrato de mandato en un panorama de menor inseguridad podría ser el escenario donde se incorpora un menor grado de responsabilidad para el mandatario, como es el caso en el que este responde por culpa leve.

Las medidas conservativas como estímulo

El concepto de “estímulo”, no obstante ser una noción compleja y sin carácter unívoco, ha sido identificado desde el ámbito de la psicología como la operación de un objeto o de un conjunto de estos, que se encuentran presentes en el ambiente externo de una persona, y que generan una respuesta a la reactividad de esta (Kantor, 1984). Ahora bien, en lo que respecta a las medidas conservativas, se ha entendido que ellas cumplen una función de tutela preventiva del patrimonio del deudor, con el fin de conservar íntegros los derechos y los bienes de este, como garantía legal que se reconoce a favor del acreedor (Montés, 1994). Dentro del Código Civil Colombiano, se contemplan como medidas conservativas: i) El embargo y el secuestro (art. 1677, art. 2273 y s. s.); ii) la acción subrogatoria (art. 2489); iii) la acción de simulación (art. 1766); y iv) la acción pauliana (art. 2491), entre otras.

Precisado lo anterior, es posible afirmar que en el ámbito contractual la actividad de un sujeto se ve guiada por la incidencia de determinados estímulos, tanto económicos como jurídicos, que son procesados por este y le permiten ofrecer un resultado que se manifiesta en su decisión de contratar o de no hacerlo. Las medidas conservativas pueden ser consideradas, por tanto, un estímulo jurídico con una magnitud propia, que incide de manera directa en la decisión de contratar efectuada por un sujeto, al otorgarle una mayor seguridad sobre las operaciones que realice dentro el tráfico jurídico. Así, en el plano de la contratación privada, y, específicamente, en lo que respecta al principio de la autonomía de la voluntad, las medidas conservativas, al ser consideradas estímulos externos, operan como una forma de motivación que incide “en el poder que tiene cada individuo para gobernar su propia esfera jurídica” (Salvatore, 1993, p. 49), que se manifiesta en el acto voluntario motivado por el simple querer de este para contratar.

A. La buena fe cualificada

La buena fe cualificada consiste en la manifestación concreta de deberes de comportamiento en términos positivos. En la legislación colombiana, se encuentra consagrada en el artículo 1603 del Código Civil, conforme al cual: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos

se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

De esta manera, la buena fe cualificada —concepción objetiva— se manifiesta claramente como un deber de comportamiento, que exige, para predicar la buena fe del agente, que este adecue de manera efectiva su conducta a la relación contractual, por oposición al mero estado de conciencia que se desprende de la concepción subjetiva (Neme Villareal, 2009). Aquí no se pregunta por la conducta del sujeto y es irrelevante su aspecto psicológico: lo que se analiza es la actuación correcta, adecuada, diligente, que deben emplear las personas en sus relaciones (Pájaro, 2013).

El principio de la buena fe se ha constituido como pilar fundamental para la redacción, la confección y la configuración del contrato. Asimismo, se ha constituido como el elemento de eticidad propio de los actos y los negocios jurídicos, además de ser el vehículo para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales (Godreau, 1989). Así, dicho principio impone una directriz en la conducta de los individuos y en las declaraciones de voluntad de estos, que guía la autonomía privada y contribuye al respeto de los derechos fundamentales, como el de la libertad contractual.

En esta directriz se destaca cómo, a partir de los postulados de la buena fe, la legislación civil contempla una serie de herramientas que conducen a las partes a atender los deberes de conducta propios de las relaciones jurídicas limitando el comportamiento de los contratantes tanto en la esfera precontractual, como en la contractual y la poscontractual. De este modo, la buena fe es un límite que conduce la lealtad de los contratantes siendo una causa de limitación para el ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico (Díez Picazo, 1979); además, permite la optimización económica del contrato, a través de la corrección económica de este, mediante una serie de mecanismos jurídicos previstos dentro del ordenamiento jurídico nacional, y dentro de los que cabe destacar la indemnización de perjuicios y el establecimiento del justo precio en los casos de la lesión enorme, como ya se había mencionado, además de la posibilidad de solicitar la revisión del contrato bajo ciertas circunstancias, dentro del marco de la denominada “teoría de la imprevisión”.

B. La buena fe exenta de culpa

El concepto de buena fe exenta de culpa encuentra su mejor descripción en palabras de Valencia Zea, dentro de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (1976), en la cual se señalan las características de la buena fe indicando que solo se exige una conciencia honesta sin una particular conducta, con la interferencia de dos elementos adicionales que le suman su cualificación: 1) la conciencia de obrar con lealtad (subjetivo) y 2) la certeza de haberse adquirido el derecho que se quería adquirir con las condiciones necesarias (objetivo), tal como se mencionó en el apartado anterior.

Al describir la buena fe exenta de culpa, señala el doctrinante que se requiere, principalmente, la existencia de un error común generalizado que hasta en la mayor prudencia se habría cometido —es decir, invencible—, sumado a los requisitos de que los requisitos legales hubiesen sido cumplidos para la adquisición del derecho; es decir, que la situación no contraría la ley y que, por supuesto, se acompañe de la buena fe.

Los esquemas de administración negocial de Álvaro Pérez Vives y el Código de Comercio

El Código de Comercio colombiano de 1971 recoge esquemas que se centran en la onerosidad y en el ánimo de obtener un lucro, por lo que no resulta impropio ubicar sus conceptos en la realidad del mercado actual. Destacan las figuras que se relacionan a continuación.

A. Las presunciones de lucro, el ánimo de onerosidad, la solidaridad y la celeridad negociales

En el Código de Comercio se recogen importantes presunciones que sustentan, sobre todo, el ánimo que tienen las partes al realizar contratos a la luz de dicha legislación, o bajo el mandato de sus preceptos. En ese sentido, es interesante que se señale el mismo código, en su artículo 1163, haciendo referencia al mutuo, que “salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo”.

Con lo anterior, se rompe la regla de presunción de no onerosidad del Código Civil y se asume una postura negocial de incentivos en ganancia. Esto quiere decir que en todo contrato comercial de entrada se presumirá que una de las partes está buscando el lucro o el beneficio económico personal.

Se reconoce la misma presunción al anunciar la obligación de pagar los intereses legales comerciales a partir de la mora, conforme al artículo 883 del Código de Comercio, modificado por el artículo 99 de la Ley 45 de 1990, sobre disposiciones financieras. Además, se reconoce en el Código de Comercio la posibilidad de realizar anatocismo (886); es decir, que, con el cumplimiento de ciertos requisitos, se puedan cobrar intereses sobre intereses.

La adopción de las enunciadas normativas por el sistema financiero resultaba predecible al asumir que el interés primordial de esa parte en un contrato era la de recibir un beneficio en todas sus operaciones. No en vano, quien firma un contrato con una entidad bancaria asume que, como parte débil, es difícil que obtenga un beneficio mayor que el pactado en el contrato inicial, como sí lo puede obtener el banco.

En igual forma, se llega a proteger tanto ese beneficio que, de entrada, el código asume que la solidaridad es una presunción con el fin de que siempre se llegue al beneficio; ello, por mandato del artículo 825, el cual señala que “en los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores, se presumirá que se han obligado solidariamente”.

B. Estímulos en la agencia mercantil, el corretaje y la finalidad del negocio empresarial

De la misma forma, el esquema introducido por Pérez Vives en el Código de Comercio integra la posibilidad de realizar negocios que busquen el beneficio de las dos partes en principal gestión de sus propios intereses. En ese sentido, figuras como la agencia comercial del artículo 1317 contemplan la posibilidad de asumir el encargo de ser representante o agente de un empresario nacional o extranjero en una zona previamente establecida, con el fin de asumir la explotación y la promoción de los negocios.

Es indiscutible que, en este tipo de contrato, lo que se persigue es un interés del agenciado desde la óptica del que decide representar sus negocios; es decir, desde el agente. En este caso, la lucha de intereses no es clara y parece confundirse

en una sola persona, asumiendo que no solo estará condicionado a que el agente brinde su mejor desempeño, sino también, a que su gestión resulte fructífera, pues a partir de allí se podrán ver resultados benéficos para las dos partes. A pesar de todo, el código intenta regular una remuneración del agente permanente, incluso si el negocio no se lleva a cabo por causas imputables al empresario (1322 C. Co).

En el corretaje sucede una situación similar, ya que la gestión depende de la confluencia de intereses y de la mejor disposición de las capacidades de la parte contratada. Aun así, el código intenta establecer un beneficio general señalando en el artículo 1341 que “salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador”.

En el modelo de negocio propuesto en el Código de Comercio, los estímulos parecen más perceptibles, toda vez que se entiende que las dos partes siempre buscan un beneficio, y en ese sentido, se apoyan los estímulos en alcanzar el mejor rendimiento para obtener una mayor ganancia para cada interés.

Conclusiones

La relación entre el derecho y la economía se ha venido extendiendo a lo largo de la historia de forma constante, pero parece que es imposible lograr un acuerdo en puntos sustanciales. Muchas referencias pueden ser utilizadas para describir las discrepancias y las formas como se las ha manejado a través de teorías y regulaciones. En todo caso, resulta provechoso el escenario en el que se ha tornado como indispensable la riqueza conceptual y práctica que plantea el fértil terreno de las relaciones contractuales en lo que respecta a la optimización económica del contrato.

El desarrollo de nuevos modelos teóricos que podrían evaluar mejor la importancia de los contratos para la economía y la sociedad no es sino una posibilidad para mejorar el diseño de los contratos, como el pago basado en el desempeño de los gerentes, el exceso de seguro o la privatización de los servicios públicos. Sin mucho ruido, Oliver Hart y Bengt Holmström contribuyeron con su investigación a que la crisis financiera de 2008 no se repitiera tan fácilmente encontrando en el campo de la economía un escenario que, desde el modelo negocial, ya había sido esquematizado en el campo del derecho.

Por lo anterior, es preciso reconocer que, sin lugar a dudas, el análisis de los estímulos resulta acertado para el mejoramiento de una teoría jurídica de los contratos, que, como se pudo ver en los esquemas negociales de don Andrés Bello, para el Código Civil y de Álvaro Pérez Vives, en el Código de Comercio, las estructuras económicas no escapan de lo jurídico; o, lo que es igual, las figuras jurídicas recogen en sus supuestos instrumentos económicos y organizativos de la realidad para surtir los avatares.

Referencias

- Arruñada, B. (1998). *Teoría contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- British Broadcasting Corporation. (20 de junio de 2015). *¿Pueden ser éticos los bancos y las entidades financieras?* Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150427_banca_etica_finde_dv
- Castaño, M. (2017). *Análisis de la teoría de los contratos completos e incompletos*. *Boletín económico de Información Comercial Española* 3083. Recuperado de http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3083_6376__6AC19C45AFF66CDE477EFCFB3D4FF70.pdf
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1976). Buena fe exenta de culpa: El error común hace derecho. *Jurisprudencia y Doctrina*, V(49), 41-58.
- De Munagorri, E. (2001). *L'analyse économique est-elle une source du droit?* Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation
- Díez Picazo, L. (1979). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- Garrido, L. (2008). La negociación contractual y el análisis económico. *Revista Brasileira de Ciencias Jurídicas Pensar*, 13(1), 21-28.
- Godreau, M. (1989). Lealtad y buena fe contractual. *Revista Vniversitas*, 1(77), 72 y ss.
- Hart, O. (2003). Incomplete contracts and public ownership: Remarks, and an application to public-private partnerships. *Economic Journal*, (113), Conference Papers, C69-C76.
- Hart, O., & Moore, J. (2006). *Contracts as referens points*. National Boureau of economic research. Working paper 12706. Recuperado de: <http://www.nber.org/papers/w12706.pdf>
- Holmstrom, B. (1982). Moral hazard in teams. *The Bell Journal of Economics*, 324-340.
- Josserand, L. (2007). *Teoría general de las obligaciones, como parte del Tratado de Derecho Civil del mismo autor*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Kantor, J. (1984). *Psychological comments and queries*. Chicago: Principia Press.
- Keynes, J. (1965). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Séptima edición en español. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Montés, V. (1994). Las garantías del crédito. En *Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia, España: Editorial Tirant.
- Moss, D. (2008). *The Deutsche Bank (A)*. Harvard Business School Case 708-044, January.
- Neme Villareal, M. L. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, 17, 45-76.

- Pájaro de De Silvestri, L. (2013). *El contenido del principio de la buena fe. Análisis de la relación contractual del tercer adquirente en pública subasta judicial*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte, Grupo Editorial Ibáñez.
- Pérez Vives, Á. (2009). *Teoría general de las obligaciones. Obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana*. Cuarta edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Salvatore, B. (1993). Cláusulas abusivas. En: *Contratos Jornadas de Derecho Privado*. Universidad de Chile.
- Sen, A. (2001). Propiedad y hambre. *Economics and Philosophy*, 4(1).
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2006). *Derecho Civil, Tomo I Parte General y Personas*. Decimosexta edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

EL DERECHO DE DAÑOS COLOMBIANO EN PERSPECTIVA: INFLUENCIAS, EVOLUCIÓN, FUNDAMENTOS Y ACTUALIDAD

José Guillermo Castro Ayala*

Resumen

La responsabilidad ha sido uno de los pilares del derecho civil; desde sus comienzos, ha constituido la garantía para la evolución de las sociedades contrarrestando la inamovible peligrosidad que se despliega de su discurrir cotidiano. Siendo así, con el paso del tiempo y el avance de la tecnología, ha habido mayor necesidad de aumentar la protección que se prevé con la responsabilidad; es decir, con la tecnología ha debido avanzar de su mano el derecho. En el presente artículo se busca desarrollar los puntos clave que tanto la jurisprudencia como la ley han

* Abogado y magíster de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster Llegum (LI.M) y Doktor Iuris (Dr. Jrs) de la Universidad de Konstanz, en el Estado de Baden-Württemberg, en la República Federal de Alemania. Rigurosum en: a) Derechos Fundamentales, b) Historia del Derecho y c) Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Es conferencista internacional en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario y de la Universidad Santo Tomás. Es profesor por concurso de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI) de la Universidad Católica de Colombia. Litigante, consultor y director de tesis de maestría y de doctorado. Ha sido profesor principal de la materia de Obligaciones por más de ocho años. castroayal@gmail.com jgcastroa@unal.edu.co

desarrollado en lo que se refiere a la indemnización que se desprende de la responsabilidad civil y la plausible patrimonialización de los derechos humanos en la materia, con el fin de visualizar su transformación y la nueva perspectiva que obliga a tener el presente.

Palabras clave: Responsabilidad civil, tecnología, daño, indemnización de perjuicios, patrimonialización de los derechos fundamentales

Abstract

Responsibility has been one of the pillars of civil law, since its inception has been the guarantee for the evolution of societies by counteracting the unchangeable danger that unfolds from their daily routine. This being the case with the passage of time and the advancement of technology, the need to increase such protection has increased, that is to say that with technology the right has had to advance, the present article seeks to develop the key points that both jurisprudence as the law has developed in regard to the compensation that is inferred from civil liability and the plausible patrimonialization of human rights in this matter in order to visualize its transformation and the new perspective that requires to have the present.

Keywords: Civil liability, Technology, Damage, Compensation for damages, Patrimonialization of fundamental rights

De las fuentes de las obligaciones. El derecho de daños: actualidad y perspectivas

Desde la época de la codificación napoleónica, en 1804, hasta la consolidación de la legislación germana en Europa en 1900, incluyendo en ese periodo la expedición de varios códigos civiles latinoamericanos —como el redactado por Andrés Bello, que sigue rigiendo, con mínimas variaciones, en Panamá, Chile y Colombia, entre otros países (Diez, 2016)—, las dos fuentes clásicas de las obligaciones han sido: en primer lugar, la declaración de voluntad (negocio jurídico, acto jurídico, contrato, entre otros) y, en segundo lugar, el daño, del cual surge la responsabilidad como consecuencia jurídica.

Bien sea con la perspectiva contractual francesa o con la del negocio jurídico germano, la declaración de voluntad derivada de la autonomía privada constituye

no solo la principal y primera fuente de las obligaciones, sino, también, la más frecuente y extendida. El acuerdo de voluntades —es decir, el contrato, que trasciende la vida del ser humano, desde tiempos inmemoriales y hasta hoy— se reconoce, de una manera mucho más pragmática, como la principal posibilidad de crear derecho por parte del ser humano (Hinestrosa, 2013). Recuérdese lo expresado por Betti en el primer capítulo de este libro, al resaltar la existencia y la vinculatoriedad de la declaración de voluntad y el acuerdo de voluntades (el contrato), desde las eras más primitivas, cuando aún no se concebían la existencia de un ordenamiento jurídico que regulara las diferentes formas de declaración de voluntad ni los efectos jurídicos de estos (*supra*, Capítulo 1).

Desde el diario discurrir del ser humano, casi toda intervención que se realiza en el mundo social y material se produce (directa o indirectamente) a través de un contrato, o está mediada por uno. La permutación o la compra y venta de bienes y servicios sigue constituyendo la esencia misma del trasegar jurídico-económico de la vida humana; de lo contrario, ¿cuál es la causa eficiente de su bienestar, sino el contrato mismo?

El suministro de agua a las casas, que a tantos les ha permitido hoy darse una ducha, o la adquisición de los insumos para el desayuno, la adquisición de la ropa que llevan puesta y la posibilidad de limpiarla, así como el transporte desde sus casas a su lugar de trabajo o de estudio, la compra de comida o de un libro de texto, no son, pues, nada más ni nada menos que relaciones humanas con implicaciones jurídicas mediadas, en última instancia, *por contratos*. La tranquilidad de que nadie entrará a sus casas a sustraerles sus bienes, ni al *hardware* de sus computadores a robar información, en la era del Gran Hermano, del ojo que todo lo ve, dentro de la sociedad globalizada, no se deriva del derecho penal, como, intuitivamente, nos podría parecer en un principio, sino del derecho contractual, que habilita todas las negociaciones con empresas de seguridad, con un oferente de cámaras de observación y de digitalización y encriptación de toda nuestra vida en la red (Ibler, Torres & Güechá, 2017).

El contrato, el negocio jurídico, la declaración de voluntad, parten de la estabilidad de la manifestación humana con sentido lógico, proferida autónomamente por un individuo. Por lo tanto, como lo afirman los romanistas, desde las codificaciones que se pierden en el umbral de los tiempos, como el *Código de Hammurabi* y la *Lex Poetelia Papiria* del derecho romano, hasta el nuevo

Código de Derecho Privado argentino de 2014, las variaciones que se observan en la concepción, el perfeccionamiento, las formalidades, la interpretación y la ejecución de la declaración de voluntad contractual son, entonces, mínimas, si no se desatiende el extenso periodo que han necesitado para, muy paulatina y lentamente, irse consolidando.

En efecto, el ser humano se ha servido de la declaración de voluntad, del empeño de su palabra (especialmente, en los contratos), para satisfacer todo orden de necesidades: desde las más básicas y apremiantes (como alimentación, vivienda, saneamiento básico, entre otras) hasta las más banales y superficiales, de una forma casi unívoca y generalizada. Desde los tiempos más remotos de la historia humana, el contrato parece haber tenido unos mismos y comunes contornos, como nos lo demuestran, entre otras, las evidencias arqueológicas sirias, que han evidenciado la precisa tasación de los intereses compuestos en las obligaciones dinerarias mercantiles que profusamente desarrolló esa civilización, hace más de tres mil años (Monateri, 2006). Así, la sustancia no solo de las declaraciones de voluntad, sino la de otras figuras jurídicas (como en el ejemplo anterior), se ha mantenido casi inalterada a lo largo de varios miles de años y ha tenido una figuración muy importante a lo largo de la historia de la humanidad hasta nuestros días.

En contraste con lo anterior, el derecho de daños —esto es, las normas que regulan la adjudicación reivindicativa derivada de los perjuicios causados por un individuo a otro, y que constituía el segundo foco obligacional en el derecho continental europeo desde 1804 (y del que es filial el derecho latinoamericano) — fue un área jurídica que estuvo ciertamente olvidada durante algún tiempo, pero luego gravitó siempre alrededor de la permanente renovación jurisdiccional. Su actualización, su reinterpretación y su progreso permanentes están dados por una forma de obrar y de reflexionar del juez; una forma ciertamente distinta, pero, además, permanentemente cambiante. En efecto, llama poderosamente la atención la simple observación de que la responsabilidad civil haya tomado una importancia inusitada en los últimos dos siglos.

Así, en un inicio, la *Lex Poetelia Papiria*, que se refería al cumplimiento patrimonial (ya no con el propio cuerpo del deudor) de los contratos en Roma, fue una norma profusamente estudiada por todos los juristas medievales, desde 1088, con la fundación de la Universidad de Bolonia, hasta bien entrado el siglo XIX, en

el que los pandectistas y los romanistas, como Ihering y Savigny y la escuela de Tübingen buscaban la pureza de los textos latinos.

La *Lex Aquilia*, que regulaba, por el contrario, una primigenia y arcaica forma de responsabilidad, que a lo largo de la jurisprudencia de los pretores logró consolidar la idea de culpa y, posteriormente, permitió darle la suficiente fuerza al fundamento de la responsabilidad subjetiva (Castro & Calonje, 2015, p. 307), fue una ley que se redescubrió tardíamente por Planiol y Ripert en Francia, ya para el siglo XVII, y que desemboca en muy específicas regulaciones en la legislación civil francesa, alemana y europea en general. Nótese cómo, mientras el derecho de obligaciones y contratos en Alemania parte del parágrafo § 241 y va hasta el § 811 del Código Civil Alemán, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) —esto es, en total, 570 normas—, es muy curioso que el derecho de responsabilidad abarque unas dimensiones mucho más modestas y limitadas, ya que inicia en el parágrafo § 823 y va hasta el § 853, lo cual nos da escasas 30 normas que le sirven de fundamento.

Lo propio, casi de manera idéntica, se puede decir de casi todos los códigos civiles filiales a lo que se llama la familia del derecho continental europeo, o *Kontinentale Deutsches Romisches Rechtskreis*. En Colombia, por ejemplo, mientras nuestro Código Civil dedica desde el artículo 1494 hasta el artículo 2340 a las obligaciones y los contratos —esto es, casi 800 artículos—, le dedica, por el contrario, tan solo del artículo 2341 al 2360 al derecho de responsabilidad civil extracontractual —o sea, escasos 20 artículos—.

Pero la pregunta que nos estamos haciendo y que se torna interesante, es: ¿Qué ha pasado en los dos últimos siglos, para que esas escasas y casi olvidadas normas de los códigos se hayan vuelto tan importantes y cambie sustancialmente la jurisprudencia del derecho de daños de manera permanente y, sobre todo, para que haya aumentado tanto la frecuencia de la referenciación dogmática y jurisprudencial a ellas? La respuesta es, ciertamente, más obvia que lo que nos podría parecer en un principio.

Se han producido, una tras otra, casi con intervalos de cincuenta años, entre ellas, las que han sido denominadas por la historia, revoluciones industriales. En efecto, desde la invención de Inglaterra por la máquina de vapor, en 1825, desde la popularización del automóvil y la consecuente dependencia del petróleo como fuente energética unívoca de la sociedad en los siglos XIX y XX, y desde

la sistematización de la sociedad a través de las máquinas y la computación, el hombre no solo ha aumentado su capacidad de enriquecimiento patrimonial, así como su despliegue de fuerzas y velocidades, sino que también ha diseminado, a la par, la posibilidad de causar perjuicios (Josserand, 2009). La máquina, el aparato, las construcciones y el ingenio aplicado, entendidos como artefactos capaces de multiplicar las limitadas capacidades del hombre, conllevan también la posibilidad de multiplicar los riesgos y, consecuentemente, la ocurrencia de siniestros. Así, solo por mencionar algunos ejemplos, la puesta en marcha de ferrocarriles y trenes de alta velocidad, el transporte aéreo de millones de pasajeros, el desarrollo de robots con inteligencia artificial, y hasta los vehículos autónomos o autoconducidos, presentan desafíos constantes para el derecho de daños.

No podemos comparar los perjuicios que causaba una colisión a la velocidad media de los desplazamientos humanos a caballo del siglo XVII, que no superaban el promedio de los 18 kilómetros por hora, con los daños derivados de una colisión a la velocidad media del siglo XXI de los desplazamientos humanos con sus máquinas y vehículos y que oscilan, hasta ahora, en torno a los varios cientos de kilómetros por hora, entre autos, barcos, trenes y aviones. Así, “mientras que en 1700 los carros eran contruidos principalmente por el esfuerzo muscular de carpinteros y herreros, en la actualidad las máquinas en las fábricas de Toyota y Boeing son accionadas mediante motores de combustión de petróleo y centrales de energía nuclear” (Harari, 2014, p. 368). En efecto, los vehículos de combustión interna casi cuadruplicaron la velocidad del ser humano, quien se desprendió de la energía muscular animal pura, para trasladar sus posibilidades de modificación del mundo a una máquina creada por él mismo, y que, además, dividía los esfuerzos y multiplicaba su velocidad y su fuerza; incluso, exponencialmente.

Asimismo, la arquitectura humana se transformó significativamente entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX. Hasta esos momentos, una construcción de más de tres pisos era, ciertamente, una rareza victoriana en Londres o París. Luego de esos periodos, las grandes edificaciones de treinta, cuarenta o más pisos se volvieron una cotidianidad, que, por supuesto, como podemos suponerlo, implicaba mayores peligros, lo que, a su turno, desataba muchos mayores siniestros.

La responsabilidad civil es el paradigma social que jalona los desarrollos jurisprudenciales, como recién se acaba de ejemplificar. Dicho de otra forma: es debido al avance del intelecto humano, que conllevó la industrialización, como se produjo la permanente evolución del derecho de responsabilidad, por vía jurisprudencial. El avance tecnológico y el desarrollo de los riesgos les imponen a los juristas, los jueces y los académicos la tarea de interpretar sistemática, histórica y, sobre todo, teleológicamente la precaria y corta normatividad regulatoria de los daños en las codificaciones civiles. Pero dentro de esa labor, resulta necesario mencionar que es muy importante encontrar, también, un equilibrio entre la ponderación que se deriva del avance de la tecnología: la reducción de las cargas probatorias y procesales a favor de la víctima que sufrió los perjuicios, por ejemplo, y la permanencia de unas regulaciones que, a su vez, brinden un mínimo de seguridad jurídica estable en el tiempo para toda la sociedad. El emprendimiento empresarial, la osadía humana, el ánimo creativo y la innovación podrían verse seriamente afectados o disminuidos si las reglas del juego cambian permanentemente, y generan, con ello, incertidumbre y, sobre todo, inseguridad jurídica.

Parece también claro que en esa tarea aplicativa, juiciosa y dedicada del derecho de responsabilidad, luego de ciertos acontecimientos geopolíticos y, sobre todo, económicos, ocurridos desde 2001 y 2008, como el atentado a las Torres Gemelas en Manhattan o la crisis económica y financiera norteamericana, derivada del no pago de las llamadas hipotecas *subprime*¹⁷⁰ (Torres, 2010), es menester, por ahora, olvidar un poco las pretensiones de tener un derecho globalizado de responsabilidad, pues la diversidad tecnológica de los distintos países se ha agudizado profundamente. De hecho, estamos cada vez más separados por una brecha entre unos pocos muy ricos e inmensas masas de población que viven por debajo de los niveles de pobreza. La lucha contra el terrorismo de los países desarrollados ha marcado también una divergencia interpretativa del derecho de

¹⁷⁰ Las llamadas "hipotecas *subprime*" implicaban un mayor riesgo de impago, porque se concedían a personas con pocos recursos económicos. Estas se venían concediendo desde hacía muchos años, pero mientras que en las décadas anteriores no superaban el 9% del total de hipotecas suscritas, en 2006 alcanzaron el 20% del mercado, lo cual desembocó en una crisis inmobiliaria y financiera que tuvo un enorme impacto en el conjunto de la economía estadounidense e internacional, al inundar los balances empresariales del mundo con activos incobrables o de calidad completamente incierta. A partir del estallido de la burbuja hipotecaria, a comienzos de 2007, cayó el conjunto del mercado hipotecario; casi inmediatamente lo siguieron el bancario y la bolsa de valores, y tras ellos, el crédito interbancario y comercial que alimenta a corto plazo el funcionamiento cotidiano de la economía; además, se dieron las primeras manifestaciones de caída del consumo, la producción y el empleo (Torres, 2010).

responsabilidad que no se puede predicar de todo el globo terráqueo (Ibler et al., 2017).

Si bien hay cosas que se perfilan comunes a todo el mundo, como la tecnología de la comunicación celular, por ejemplo, existen renglones, como la industrialización integrada de producción de bienes manufacturados, que solo existen en muy pocos países industrializados del planeta, si se quiere, agrupados en el G7. En ese sentido, el desarrollo desigual en todo el mundo no permitiría —al menos, no por ahora— lograr una unificación de las reglas de la responsabilidad y el derecho de daños a escala global.

Estructura general de la responsabilidad civil en Colombia

En Colombia, los requisitos para que una pretensión (*Anspruch*) judicial de declaración de responsabilidad prospere, son ciertamente más restringidos que en la República Federal de Alemania. Esos elementos se encuentran tipificados en una cláusula general de responsabilidad, tanto en Colombia como en Alemania. Mientras que el parágrafo § 823 del BGB constituye la cláusula general de responsabilidad en Alemania, en Colombia, es el artículo 2341 del Código Civil la norma que preceptúa los elementos típicos que deben acreditarse en un juicio para que la acción sea exitosa. Esa norma, que también ha servido para delimitar los elementos típicos en materia de responsabilidad mercantil, laboral o administrativa, etc., establece que:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil Colombiano, art. 2341).

Los elementos que contiene la norma recién transcrita implican que nuestro legislador optó, con una clara influencia francesa, por una responsabilidad subjetiva; además, incorporó una clara regla del derecho romano que fue anotada como principio por los pandectistas y según la cual “*no hay responsabilidad sin culpa probada*”. Esa situación, sin embargo, como ya se mencionó específicamente en la parte introductoria, vino a ser modificada, poco a poco, por la jurisprudencia nacional, de manera permanente (Padilla, Rueda & Zafra, 2014), y a ello nos referiremos más adelante.

Entre tanto, trataremos de desglosar, en líneas generales, los elementos que estructuran la responsabilidad civil en Colombia, a partir del Título XXXIV del Código Civil, denominado “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”; en particular, del mencionado artículo 2341, sobre la cláusula general de responsabilidad abstracta. De esa típica norma del derecho civil, tanto la jurisprudencia como la dogmática nacional han extractado cuatro elementos típicos, así:

1. Hecho

El primero de los elementos es una conducta que sea la causa del daño, conducta entendida como un hecho humano; esto es, un despliegue positivo de una conducta o una omisión atribuibles a una persona, y que, además, implica cierta consecuencia jurídica. El hecho humano es, pues, un hecho jurídico, entendido como la conducta humana voluntaria o involuntaria, lícita o ilícita, dependiendo de si en su construcción intervino la manifestación de voluntad o si dicha conducta está permitida por el derecho (Valencia Zea, 1990, p. 140). En materia de responsabilidad el factor indispensable que se observa es que el hecho jurídico le sea atribuible a una persona capaz de causar un daño, sea esta una persona natural o jurídica (Castro & Calonje, 2015, p. 311).

En las clases típicas de introducción a la responsabilidad, siempre se dice que si un rayo cayera del cielo y electrocutase a una persona que juega al fútbol, ya no podría hablarse de responsabilidad, pues la ocurrencia de la caída del rayo no resulta susceptible de ser atribuida a un sujeto de derechos.

Sin embargo, otro es el caso, cuando una persona conduce a 50 kilómetros por hora en un auto dentro del *campus* universitario, donde la velocidad máxima es de 20 kilómetros por hora y choca a otro carro en su parte trasera y le daña su carrocería y su estructura. Esa acción culposa, consistente en el exceso de velocidad, podría ser atribuida a la persona que conducía el auto que chocó al otro, como un sujeto de derecho que, claramente, actuó de manera descuidada al desconocer los límites de velocidad ordenados por la ley y por las señales de tránsito dentro del *campus* universitario. Esta conducta es relevante para el derecho y, por lo tanto, está llamada a tener consecuencias jurídicas de diferente tipo (penal, civil, administrativo, etc.).

Ha de observarse desde ya, sin embargo, que la simple conducción de un vehículo, incluso cuando se observan y se cumplen de manera estricta las normas y las señales de tránsito, ha sido entendida por la jurisprudencia colombiana desde 1936 como una actividad peligrosa, lo que se traduce, procesalmente, en que el demandante, o víctima de los daños, no deberá probar la culpa del agente causante o presunto responsable de ellos, ni este podrá ser exonerado probando diligencia o cuidado. Sobre este punto volveremos más adelante.

Si, por el contrario, al pasar frente a un hospital, alguien sufre un atascamiento digestivo o respiratorio y por ello se asfixia y pierde la vida, podrían atribuirse a cualquier médico o paramédico que se encontrara en el lugar la falta o la ausencia de ayuda, en lo que ha sido llamado un momento médico decisivo. Es claro que un atascamiento puede ser, en la mayoría de los casos, manejado adecuadamente por quien tiene la experticia necesaria para ello y, en consecuencia, podría salvar una vida.

Así pues, a través estos casos prácticos, casi cotidianos, se puede indicar que, en general, el hecho tiene que consistir en una conducta humana positiva o negativa, y ella tiene que haber sido producida u omitida por el agente causante de los perjuicios respecto a la víctima, quien ha sufrido, entonces, los daños (Romero, 2000).

2. Daño

El daño es la ocurrencia cierta de un perjuicio. Esto es, la víctima que sufrió la verificabilidad del hecho también deberá reportar unos perjuicios para que la responsabilidad sea jurídicamente indemnizable (Romero, 2000). En palabras del profesor Pérez Vives, el daño es “toda lesión moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufre en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extramatrimoniales o la personalidad en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)” (1968, p. 245).

Para continuar con los ejemplos propuestos arriba, supongamos, entonces, que el dueño del vehículo que otra persona chocó dentro del *campus* sufre la ruptura de su parachoques y de la carrocería. Entonces, deberá el dueño del auto ir a un taller automotor para reparar su vehículo, lo cual, ciertamente, lo hará

incurrir en unos gastos, que no debería haber realizado si el choque no se hubiese producido.

O, tal vez, la vida de quien sufrió la asfixia no se habría perdido si el paramédico o la enfermera presente hubieran actuado con diligencia y presteza en el momento de la ocurrencia del atascamiento con comida. La muerte de una familiar es también un daño, pues provoca sentimiento de dolor y aflicción moral (aunque, a veces, puede ser considerado un daño con componentes de carácter patrimonial, como cuando la víctima es un padre cabeza de hogar y de quien depende económicamente todo su núcleo familiar, y dicho responsable fallece); en consecuencia, los familiares de quien falleció deberían ser indemnizados.

Es claro, entonces, que el daño es el pilar esencial sobre el que se estructura la responsabilidad civil; por eso, tradicionalmente se ha dicho que “sin daño causado no existe la responsabilidad” (León, 2010, p. 400).

En Colombia, las clasificaciones del daño suelen dividirse en dos grandes grupos: por un lado, el daño patrimonial o material, y, por otro, el daño extra-patrimonial, o moral. El primero se divide, a su vez, en daño emergente y lucro cesante (Código Civil colombiano, art. 1613).

A. Daño emergente

Legalmente, el daño emergente es definido por el artículo 1614 de nuestro Código Civil así: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. A pesar de que dicha definición legal está insertada, lógicamente, en nuestro Código Civil, dentro del capítulo que regula los efectos de las obligaciones, la distinción entre daño emergente y lucro cesante es aplicable tanto en responsabilidad concreta (o contractual) como en responsabilidad abstracta (o extracontractual).

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha sostenido que: “El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 7 de mayo de 1968).

Así, en el campo de la responsabilidad abstracta o extracontractual el daño emergente está representado en todos los gastos y las erogaciones adicionales en que ha debido incurrir la víctima: por ejemplo, pagando los repuestos del carro y las horas de trabajo del mecánico del taller que han sido necesarias para reparar el auto.

B. Lucro cesante

Siguiendo los lineamientos del artículo 1614, el lucro cesante es definido en el Código Civil como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”, hecho del cual trata de deducirse responsabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 7 de mayo de 1968).

De esta forma, el lucro cesante está representado por todos los beneficios típicos que la víctima, quien sufrió los perjuicios, deja de reportar. Por ejemplo, supongamos que luego del choque, tras la discusión y la verificación de los daños entre el agente causante de los perjuicios y la víctima, no pudo esta última (la víctima) volver más en la tarde a su trabajo, y su empresa decidió descontar la mitad del valor de su salario de ese día; pero, además, ante la tardanza, decidió reemplazar al dueño del carro chocado por otro colega que ha asumido unas negociaciones que hasta ese momento tramitaba la víctima y, en consecuencia, las comisiones por ventas se le pagarán a ese nuevo reemplazo y no al dueño del vehículo chocado, quien ha sido apartado de las negociaciones. Piénsese típicamente en el agente o el corredor de seguros, que trabaja sobre comisiones por cada negocio que concluya o celebre.

C. Daños morales

El daño moral es el daño a un derecho por fuera del patrimonio económico, que se traduce en la aflicción, el sufrimiento, el dolor o la pena que experimenta una persona debido a la causación de dicho perjuicio (Castro & Calonje, 2015). La categoría de daño moral solo es aplicable para los perjuicios compuestos por los

sentimientos íntimos de desesperación, congoja, desasosiego, etc., que invaden a la víctima (directa o indirecta) del daño (individual o colectivo). Igualmente, cabe aclarar que las lesiones de este tipo de daño son de carácter subjetivo, puesto que, en principio, no son valorables en dinero, debido a que el dolor no puede ser estandarizado ni, por lo tanto, tasado monetariamente, de una manera genérica, por más que, en últimas, la indemnización sí pueda traducirse de forma pecuniaria y jurisprudencialmente se adopten algunos referentes o topes monetarios para otorgar las indemnizaciones en tribunales nacionales e internacionales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2014).

Así mismo, la legislación penal colombiana admite la necesidad de indemnizar los daños morales que por la ocurrencia del hecho punible se hayan ocasionado. Así, el artículo 97 del actual Código Penal (Ley 599 de 2000) preceptúa que el juez deberá tasar, dentro de su arbitrio jurisdiccional, los perjuicios morales que, según considere, se han derivado de la ocurrencia del hecho punible, con un tope máximo de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Analógicamente, esa norma se aplica a las indemnizaciones de derecho civil, en lo que al derecho de daños se refiere.

Supongamos que luego del ahogamiento de la persona que no fue atendida a tiempo por el médico o la enfermera que se encontraban en el lugar, la viuda del asfixiado cae en una terrible depresión, pues dicha muerte ha reportado un sufrimiento significativo para esa persona. En la generalidad de los casos, el abogado de la parte civil dentro del proceso penal —esto es, dentro de la parte que permite la indemnización de las víctimas de ese caso típico, que se denomina omisión del deber de socorro— podrá pedir que se indemnicen todos los sufrimientos y las angustias que la muerte del marido produjo a la esposa. Esa posibilidad de indemnización está limitada solo a las personas más cercanas del fallecido o herido, en grados de consanguinidad y afinidad, o, incluso, de vínculos meramente afectivos.

3. Nexo de causalidad

Por otro lado, entre ese hecho y el daño, los dos elementos que han sido analizados, ha señalado la jurisprudencia que, necesariamente, debe existir un nexo de causalidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2005). Esto

es, que el hecho humano atribuible a una persona determinada tiene que haber producido, definitiva y claramente, los perjuicios a la víctima. Esa relación de causalidad entre hecho y daño, generalmente, puede ponerse en cuestión a través de lo que se ha denominado teoría de la causa extraña. La teoría de la causa extraña se materializa en tres diversas posibilidades en las que se rompe el nexo causal; esto es, la relación de causalidad entre el hecho y del daño, y que son: i) la fuerza mayor, o caso fortuito, ii) la culpa exclusiva de la víctima y iii) el hecho de un tercero.

En el caso propuesto antes, si el choque de los dos carros dentro del *campus* se produce no por la imprudencia del conductor, sino por un temblor intempestivo de baja intensidad, en ese caso no habría lugar a responsabilidad, pues a pesar de que esa persona estaba conduciendo y se chocaron los vehículos, no hay un nexo de causalidad entre la conducta del conductor y los daños causados: estos se produjeron como resultado de la ocurrencia del movimiento telúrico descrito. O supongamos que el atascamiento y la posterior asfixia de la persona cerca de un hospital se producen durante una manifestación multitudinaria, que impidió la llegada a tiempo del paramédico hasta la víctima, a pesar de encontrarse a escasos metros. Las dos situaciones recién descritas materializarían una fuerza mayor o caso fortuito, descrita en el artículo 64 del Código Civil Colombiano, y el cual reza: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Existen, a su vez, dos elementos necesarios para que se configure la fuerza mayor o caso fortuito como una causal excluyente de responsabilidad: a) la imprevisibilidad, la cual indica que el hecho extraño debe ser súbito e inesperado, de tal forma que no era cognoscible al momento de la realización del negocio jurídico o el despliegue de la conducta; y b) la irresistibilidad, que requiere la característica de que el hecho extraño sea fatal, incontrastable, al punto de no poder evitarse su acaecimiento ni sus consecuencias (Ospina, 2008, pp. 110-113).

Por su parte, la culpa exclusiva de la víctima se da cuando en el análisis causal, el actuar de quien sufrió el daño (la víctima) se considera la causa única y exclusiva del daño (Romero, 2000, p. 39). Si, por su parte, el presunto ofensor y la víctima comparten parte del vínculo causal desplegado con sus respectivas actuaciones y se llega a la producción de un daño, se trataría de la figura de la

“compensación de culpas”. En el ejemplo, se materializaría cuando el conductor del vehículo chocado se encontraba conduciendo borracho y frenó de manera fuerte e intempestiva y produjo, por ello, los perjuicios al otro vehículo, lo cual, además, no pudo ser evitado, a pesar de que el conductor del primer vehículo respete los límites máximos de velocidad y las demás normas de tránsito.

Por último, se rompería también el nexo de causalidad cuando el vehículo chocado hubiese sido previamente chocado en la misma parte de la carrocería por otro vehículo. Allí se materializaría la tercera posibilidad de la teoría de la causa extraña, denominada hecho de un tercero, pues el conductor del primer vehículo no fue quien produjo los daños, sino que estos fueron causados directamente por la conducta de un tercer vehículo. Al decir de Romero, “es lógico y de elemental equidad que quien no ha causado el daño directamente ni a través de sus agentes o dependientes, como tampoco por las cosas que están bajo su cuidado, no tenga por qué repararlo” (2000, p. 38). Para que se excluya la responsabilidad, el tercero deberá haber sido el único que produjo el daño, mientras que si se concurre juntamente con un tercero, en la causación de un daño habrá lugar a responsabilidad solidaria, como lo indica el artículo 2344 de nuestro Código Civil.

4. Culpa (factor subjetivo de imputación)

El legislador colombiano quiso, así mismo, preceptuar que todos los hechos generadores de daño tenían que ocurrir siempre en presencia de un elemento subjetivo de imputación, en cabeza del agente causante de los mismos perjuicios. El factor de imputación hace referencia a la condición subjetiva del agente, necesaria para poder determinar si un hecho acarrea responsabilidad o no (Castro & Calonje, 2015). Es, justamente, el factor subjetivo de imputación el que permite distinguir la responsabilidad subjetiva de la objetiva: en la primera está presente, mientras que en la segunda, no.

Esos elementos subjetivos de imputación pueden ser: a) el dolo, entendido como la mala intención, o intención positiva de causar perjuicios; o lo que, al decir del Código Civil, “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (Artículo 63); o b) la culpa, entendida como un error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente, pues en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, en ese sentido, resultaría

ser un error de conducta de carácter negativo, en la medida en que obedece a la no realización de un patrón exigido (de conocimiento, prudencia y diligencia) por una persona, dado por un error de comportamiento que le es imputable (Romero, 2000).

La culpa, a su turno, se puede cuantificar y cualificar. Reconoce el legislador una división tripartita de la culpa en grave, leve y levísima (en el artículo 63 del Código Civil), y las define comparativamente con el grado de cuidado que debe guardar un sujeto en sus propios negocios (Emiliani, 1980). El artículo 63 de nuestro Código Civil es el que hace dicha división de la culpa (o descuido) en tres grados, que aumentan progresivamente la rigurosidad de su observancia de menor a mayor definiendo cada una de ellas así:

1. La culpa grave, negligencia grave o culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. En materias civiles, esta culpa equivale al dolo.
2. La culpa leve, descuido leve o descuido ligero es la falta de la diligencia y el cuidado que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia, o cuidado ordinario o mediano. Quien debe administrar un negocio como un buen padre de familia (*pater familias*) es responsable de esta especie de culpa.
3. Culpa o descuido levísimo es la falta de la esmerada diligencia que una persona juiciosa emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Por otro lado, la culpa puede calificarse en tres diversas formas de comportamiento, conocidas como negligencia, imprudencia e impericia, o falta de experticia. Por razones de brevedad en la exposición y por exceder el tema general aquí propuesto, no nos referiremos de manera detallada a estas clases y grados de culpa.

Evolución de las clasificaciones de la responsabilidad

Dependiendo de la valoración que se le dé al elemento subjetivo (dolo o culpa), la responsabilidad civil se clasifica en objetiva y subjetiva. Existen también algunos autores que reconocen una tercera categoría de la responsabilidad; esto es, la responsabilidad intermedia, en la que, básicamente, el elemento subjetivo de la culpa se presume; sin embargo, a quien se le endilgue responsabilidad se podrá eximir de ella probando ausencia de culpa o probando alguna causal excluyente de responsabilidad. Para otros autores, la clasificación de la responsabilidad intermedia es equívoca e inútil, pues la consideran una manifestación de la responsabilidad objetiva, de la que el presunto responsable solo se podría liberar probando la ruptura del nexo causal a través de la causa entraña.

En lo sucesivo, haremos una reconstrucción de la evolución de los diferentes tipos de responsabilidad y, por lo tanto, no abordaremos separadamente el estudio de este tercer tipo de responsabilidad y nos enfocaremos más en las dos grandes y clásicas clasificaciones de la responsabilidad desde el punto de vista subjetivo de imputación.

1. Responsabilidad subjetiva

Como ya quedó descrito arriba, la regla general impuesta por el Código Civil es la responsabilidad subjetiva. Esto es, la responsabilidad en la que es necesario evidenciar dentro del proceso judicial la culpa en que ha incurrido el demandado —agente causante de los perjuicios—, para que sea posible declarar su responsabilidad y, por ende, su obligación indemnizatoria respecto a la víctima que ha sufrido los perjuicios. Si bien la responsabilidad objetiva no estaba proscrita por las leyes en materia civil —como sí ocurre en materia penal—, desde el comienzo de la vigencia del Código Civil, en 1887, la resolución práctica de los casos de responsabilidad por daños por parte de los tribunales estaba dominada por el paradigma de la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, un primer avance jurisprudencial ocurrió a través de sentencia del 14 de marzo de 1938 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se interpretó, de manera bastante vanguardista, el artículo 2356 del Código Civil copiando, con algún grado de complejidad, la creación —también jurisprudencial francesa— de la teoría del riesgo creado y la teoría

de las actividades peligrosas, que cambió intencionadamente la interpretación del texto anterior del artículo 1384 del Código Civil francés. El artículo 2356 del Código Civil colombiano, que fundamenta internamente la teoría del riesgo y la responsabilidad por actividades peligrosas, preceptúa que:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

En general, la mencionada providencia de 1938 postula que, por el ejercicio de ciertas actividades que revisten cierta peligrosidad, deberá presumirse la culpa del agente causante de los perjuicios. Así, entonces, le bastará a la víctima con solo probar tres de los cuatro elementos de la responsabilidad que hemos descrito: el hecho dañoso, los perjuicios y el nexo de causalidad. No deberá acreditar ningún grado o clase de culpa en cabeza del agente causante de los perjuicios, y le corresponderá, entonces, al agente demandado, presunto autor de los daños, probar una causa extraña para poder exonerarse de la responsabilidad que se le endilga.

Así, en esa comprensión, la conducción de vehículos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1976; 1989; 2009), la construcción de edificios, los ferrocarriles, la aviación comercial y militar, el transporte de personas en vehículos de tracción mecánica, la producción de energía (hidroeléctrica, nuclear, etc.) y la actividad médica experimental fueron entendidos por la jurisprudencia, a partir de ese momento, como actividades peligrosas y, por ende, su régimen probatorio debería verse facilitado para el demandante, víctima de los perjuicios.

Muchas objeciones y críticas se hicieron en contra de esa nueva concepción jurisprudencial. Básicamente, dos de esas críticas merecen ser aquí mencionadas: 1) esa innovación, que se fundamentaba en los progresos de la jurisdicción francesa, no debería tener cabida en la jurisdicción colombiana; y 2) esa interpretación

de la norma contenida en el artículo 2356 era abiertamente *contra legem*, pues mientras el legislador imputaba una culpa grave o dolo a la persona que efectuara alguna de las actividades descritas, los jueces de la Sala de Casación Civil querían, simplemente, ver una presunción de culpa, que difícilmente podría ser justificada desde la literalidad del texto.

En parte, esas críticas podrían tener razón, pero también es necesario anotar que acceder a sus observaciones implicaría mantener la jurisprudencia de la responsabilidad anquilosada o detenida en el siglo XIX, época de redacción del Código Civil, sin reconocer los avances tecnológicos que producían las revoluciones industriales en Colombia, ciertamente más tardías que en el mundo desarrollado, pero igualmente riesgosas. Y, por otro lado, lo cierto es que esa mención de actividades peligrosas para la comunidad descritas en la norma antes transcrita debería tener alguna clase de efecto jurídico, si se hacía una interpretación mínimamente sistemática del código. Así pues, si se enumeraban ciertas formas de responsabilidad por el hecho de las personas a cargo o de las cosas, que facilitaban la estructuración de las pruebas para la víctima demandante, no parecería lógico ni consecuente que una norma que, ciertamente, enlista situaciones más graves, tuviera que tratarse como una simple repetición de la cláusula general de responsabilidad, que ordenaba la prueba de los cuatro elementos que ya hemos analizado. ¿Cuál sería, entonces, el sentido sistemático de que nuestro legislador propusiera una cláusula general de interpretación, enumerara una serie de casos de facilitación probatoria a continuación y, posteriormente, repitiera una norma que reiteraba de manera más gravosa para la víctima la misma estructuración probatoria de la cláusula general?

2. Responsabilidad objetiva

De esa manera surgió, por vía jurisprudencial, la responsabilidad objetiva en Colombia. Numerosas sentencias reiteraron ese criterio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 2002; 2009), cada vez de manera más unívoca; esto es, con menos salvamentos o aclaraciones de voto, hasta el día de hoy.

Posteriormente, en 1970, se expidió en Colombia el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en el que el profesor Álvaro Pérez Vives trabajó como presidente de la comisión redactora. Pérez Vives, conocedor profundo del derecho francés e italiano, se inclinó por copiar en una porción significativa el Código

de Derecho Privado italiano de 1942 y, por lo tanto, muchas de las actividades de los comerciantes, como la del transportador, el asegurador y el agente de seguros, tenían en muchas de sus actividades una responsabilidad puramente objetiva; esto es, que solo podrían exonerarse de la responsabilidad a través de la prueba de una fuerza mayor o caso fortuito. Por supuesto, esas regulaciones obedecían al ánimo de onerosidad y lucro que acompañaba la actividad mercantil, pero también, a la celeridad y la seguridad que deberían privilegiar toda la actividad mercantil.

En épocas más recientes, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han incorporado interesantes innovaciones jurisprudenciales, como la posibilidad de indemnizar perjuicios por violación del *good will* de una persona jurídica, el reconocimiento de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995a), así como de la responsabilidad poscontractual o salvaguarda del secreto industrial o de la información privilegiada por parte del excontratante (p. ej.: la controversia judicial entre los secretos industriales Apple vs. Samsung y sus excolaboradores en la jurisdicción norteamericana o coreana), la responsabilidad contractual del arrendador y la consecuente imposibilidad de reclamar en un mismo proceso la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 1986), la postulación de la responsabilidad directa de las personas jurídicas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2015), cuando sus empleados o sus dependientes ejercen actividades peligrosas, o que el acto mismo de la construcción de edificios es *per se* una actividad peligrosa. Así mismo, se ha moderado un poco la idea de que la responsabilidad por actividades peligrosas o por el riesgo creado sea puramente objetiva. En efecto, en pronunciamientos relativamente recientes se ha manifestado que lo que existe es una presunción de culpa que, simplemente, implica una inversión de la carga de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995b).

Llegados a este punto, quisiéramos referirnos a una reciente sentencia que ha causado una gran conmoción durante el último año en nuestro país, y a la que, incluso, algunos han señalado de “explosiva y caótica”, aunque sin nada de revolucionario distinto de la enorme erudición (Tamayo, 2017). La sentencia ha sido llamada coloquialmente por la dogmática como la sentencia del *Big Bang*, para hacer alusión al hecho de que parece marcar un nuevo comienzo en la teoría nacional de la responsabilidad.

Actualidad: la sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

En dicha sentencia, una familia demanda por la muerte de su esposa y madre, que se ha producido por un pésimo diagnóstico realizado en una clínica de la ciudad de Medellín, en el Departamento de Antioquia. Así, presentando un cuadro simple de apendicitis (que luego derivó en peritonitis), la señora, esposa y madre fue diagnosticada en tres oportunidades distintas, distanciadas más o menos en un periodo de un mes, como una paciente que sufría dolores menstruales o que había sufrido una intoxicación. Luego de que los médicos se percatan del pésimo diagnóstico, la señora es operada, pero ya fue demasiado tarde y, por lo mismo, fallece como consecuencia del tardío e inadecuado tratamiento médico.

La Sala Civil de la Corte Suprema encontró vicios graves, tanto probatorios como procesales y aplicativos, en el manejo realizado por el Tribunal Superior de Antioquia y, por lo mismo, decide casar (romper) la sentencia que inicialmente había negado las pretensiones de la demanda, y, constituida en tribunal de instancia, la Corte Suprema de Justicia profiere la, así llamada por la ley, sentencia sustitutiva.

En esa sentencia sustitutiva, la Corte hace un nuevo recorrido por los elementos constitutivos de la responsabilidad y hace énfasis en varios puntos específicos. Así, menciona, de manera un tanto ligera, que los derechos fundamentales (o bienes constitucionales, en el lenguaje de la Corte) deben ser indemnizados siempre que se violan, diciendo que “la inclusión de los bienes superiores como objeto de merecimiento indemnizatorio es una consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico” (2016); también se afirma que no necesariamente los derechos fundamentales deben entenderse siempre como normas de optimización aplicativa del derecho. Al decir de la Corte, “los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son [...] sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible” (2016).

Por otro lado, en la sentencia se afirmó que, en vez de un nexo de causalidad fáctico, podría hablarse, al parecer, en el caso que se estudiaba, de una causalidad normativa, también llamada teoría normativa de imputación, dando a entender, por ello, una causa que debería ser confrontada con las normas éticas y jurídicas que regulan cierta actividad, como la médica. Algo así como lo que en el sistema

anglosajón se conoce como el *Scope of liability*, o en Alemania, como la *Haftungsumfang* en materia de responsabilidad por productos defectuosos o por daños derivados de actividades como la de producción de energía atómica. En palabras de la Corte:

[...] la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural.

La ‘causa jurídica’ o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. (2016)

Por último, afirmó la Corte que el error o la culpa cometidos por un órgano de una persona jurídica —por ejemplo, un grupo de médicos de una clínica, que se organiza como persona jurídica— no necesariamente deben implicar la culpa de la entidad como tal. Para que se tipifique la responsabilidad de la persona jurídica, debería, entonces, evidenciarse la negligencia organizacional de la persona jurídica que ha redundado en la causación de los perjuicios.

Respecto al fallo mencionado, cabe anotar varias y diversas críticas. La sentencia en cuestión es ciertamente antitécnica, pues luego de mencionar una gran cantidad de temas dogmáticos, lo cierto es que nunca relaciona su parte considerativa con su parte resolutive, lo cual crea grandes inconvenientes e interrogantes: ¿Qué pretendía la Corte con esa sentencia? Las respuestas pueden ser muy variadas, pero todas, de alguna manera, nos llaman a la perplejidad.

Es cierto que, como lo han promovido distintos grupos de investigación académica en Colombia, debería, poco a poco, implementarse la tutela patrimonial de los derechos fundamentales (Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil [Giadesc], 2017, pp. 204-207). Sentencias de la jurisdicción alemana, tanto ordinaria (en su especialidad civil) como constitucional, han sido pioneras y han dado pasos importantes en ese sentido haciendo una correcta aplicación de lo que es la constitucionalización del Derecho Privado (Castro, 2012).

Para citar los ejemplo más conocidos de la jurisprudencia alemana, se tiene, en primer lugar, la paradigmática sentencia Lüth (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1958); también, los casos de la publicación de cartas (Tribunal Supremo

Federal Alemán, Sala Civil, 1954), la sentencia del jinete (Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil, 1958) o, incluso, la sentencia Mephisto (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1971), pronunciamientos judiciales que provienen, unos, del Tribunal Constitucional Federal y otros, de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, y que tienen gran relevancia y son reconocidos en el ámbito jurídico colombiano gracias al permanente análisis académico de esos pronunciamientos de la jurisprudencia comparada.

Es, ciertamente, un desatino que luego de 26 años de que en Colombia se haya expedido una nueva constitución (en 1991) que consagra unos vigorosos derechos fundamentales y una acción de tutela para hacerlos exigibles, no se haya producido un amparo patrimonial desde la jurisdicción civil a esos derechos que, como se reitera en el fallo mencionado, constituyen el vértice más alto de nuestro ordenamiento. Sin embargo, las apreciaciones considerativas que refieren la necesidad de hacerlo y luego no vinculan esas afirmaciones de manera alguna con la parte resolutive del mismo fallo, antes que promover esos desarrollos, los desgastan y provocan algún grado de resistencia en la academia y en los abogados litigantes.

En últimas, la sentencia analizada, además de desordenada, parece que pretende reordenar la comprensión de la responsabilidad en Colombia, pero con bastante poca agudeza y poco tino. La solidaridad de las personas jurídicas cuyos dependientes generan daño parece desprenderse —incluso, claramente— del artículo 2344 del Código Civil, pero, además, por una razón de justicia social, parece inadecuado que se predique su ausencia de responsabilidad cuando, en realidad, los médicos mismos no disponen, generalmente, de una fortaleza patrimonial suficiente, que permita la indemnización de los daños.

Así las cosas, tras la expedición de la mal llamada sentencia del *Big Bang* por parte del despacho del magistrado Ariel Salazar Ramírez en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena hacer una lectura crítica de la misma decisión y contrastarla no solo con la rigurosa e inveterada jurisprudencia clásica de nuestra Corte, sino, también, con todas las sentencias relevantes del derecho comparado y, por supuesto, las que en Alemania han hablado de la patrimonialización de los derechos fundamentales. El contraste es deprimente. Al respecto, si bien la idea es ser supremamente abiertos a la concepción (comparada o constructiva en el plano dogmático) que haya hecho el fallo, por otro lado es necesario concluir que el pronunciamiento no permite una discusión dogmática

sería, pues no pone mientes sobre los requisitos que parecen indiscutibles a la hora de ordenar indemnizaciones sobre derechos fundamentales, no solo para hacer más perfectible la dogmática al respecto, sino para promover por vía del nuevo artículo 333 del Código General del Proceso, la novedosa propuesta de que los jueces civiles protejan patrimonialmente los derechos fundamentales. La evolución dogmática de la jurisprudencia debería destacarse por su precisión en términos dogmáticos y su sistematicidad aplicativa, pero, lamentablemente, el fallo es un pronunciamiento que abre una serie de preguntas que llevan en todas sus respuestas a un retroceso de la evolución jurisprudencial nacional.

Conclusiones

Una primera conclusión, propuesta de manera prospectiva, es que, como la responsabilidad es la que jalona los cambios jurisprudenciales de relevancia social más importantes, la forma actual (y futura) de concebir la responsabilidad o el derecho de daños debería variar en la revolución tecnológica 4.0, donde se produce la digitalización de las sociedades y donde, claramente, se van a perder muchos empleos de seres humanos, que estamos siendo reemplazados por robots y máquinas inteligentes; pero, además, las máquinas, al desplegar sus fuerzas, generarán, sea como sea, perjuicios. Ya en California se ha producido el primer muerto víctima de un vehículo de conducción autónoma. En esa medida, la dignidad de la persona va a cobrar un mayor y más amplio significado, pero también tendrá que redefinirse no solo en cuanto a los derechos fundamentales indemnizables a través de la jurisprudencia en todo el mundo, sino que, adicionalmente, habrán de redefinirse sus contenidos.

Una segunda conclusión sería que, a través de la vía interpretativa que tiene la jurisprudencia, la responsabilidad y sus distintos elementos han ido evolucionando a lo largo del tiempo conforme al avance de la técnica y la tecnología, hasta llegar a escenarios que puedan significar la patrimonialización de los derechos fundamentales, a través, por ejemplo, de la posibilidad que abre el artículo 333 del Código General del Proceso. Sin embargo, para ello requerimos una jurisprudencia mucho más juiciosa y rigurosa y menos díscola y desfachatada.

Referencias

- Castro, J. G. (2012). La consolidación discursiva en el derecho. La constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdiccional civil. *Revista de Derecho Privado* (48), 2-31.
- Castro, J. G. & Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014). *Documento final aprobado mediante Acta del 28 de Agosto de 2014: Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/ARCHIVO/ARCHIVO-14485135-0.pdf>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1968). *Sentencia del 7 de mayo de 1968*. M. P. Guillermo Ospina Fernández.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1976). *Sentencia del 9 de febrero de 1976*. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1989). *Sentencia del 26 de mayo de 1989*. M. P. Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1938). *Sentencia del 14 de marzo de 1938*. M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (1995a). *Sentencia del 8 de marzo de 1995. Exp. 4473*. M. P. Pedro Lafont Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1995b). *Sentencia del 22 de febrero de 1995. Exp. 4345*. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (2002). *Sentencia del 30 de septiembre de 2002. Exp. 7069*. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2005). *Sentencia del 23 de junio de 2005. Exp. 058-95*. M. P. Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2009). *Sentencia del 24 de agosto de 2009. Exp. 038-2001*. M.P. William Namén Vargas
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2015). *Sentencia del 7 de octubre de 2015. Exp. SC13630-2015*. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016). *Sentencia del 30 de septiembre de 2016. Exp. SC13925-2016*. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Decreto 410 de 1971 (marzo 27), por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

- Diez, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado* (30), 257-286.
- Emiliani, R. (1980). *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Giadesc). (2017). Hacia la optimización de la jurisdicción constitucional: la acción de tutela y la constitucionalización del Derecho Privado. En Guillermo Castro y David Rodríguez, *Hacia un nuevo derecho privado: Una propuesta en clave constitucional, histórica y comparada* (pp. 173-207). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Harari, Y. N. (2014). *Sapiens: de animales a dioses*. Barcelona: Debate.
- Hinestrosa, F. (2013). Autonomía privada y tipicidad contractual. *Revista de Derecho Privado* (24), 3-13.
- Ibler, M., Torres, M. & Güechá, C. (editores). (2017). *Las tensiones entre seguridad y libertad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Josserand, L. (2009). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis.
- León, W. (2010). *Derecho de obligaciones*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Ley 84 de 1873, por la cual se expide el Código Civil Colombiano*. Bogotá: Congreso de la República, Diario Oficial 2.867 del 31 de mayo de 1873.
- Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Congreso de la República, Diario Oficial 44.097 de 24 de julio del 2000.
- Monateri, P. G. (2006). Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En Geoffrey Samuel y Pier Giuseppe Monateri, *La invención del derecho privado* (pp. 95-216). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ospina, G. (2008). *Régimen General de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Padilla, J., Rueda, N. & Zafra Sierra, M. (2014). Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”: Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. *Revista de Derecho Privado* (26), 105-156.
- Pérez, Á. (1968). *Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Tamayo, J. (2017). El caso del ‘big bang’ sobre la culpa y el nexo causal en la responsabilidad civil. *Ámbito jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/hacia-una-nueva-responsabilidad-civil>
- Torres, J. (2010). *La crisis de las hipotecas basura ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?* Madrid: Sequitur.

•El derecho de daños colombiano en perspectiva: influencias, evolución, fundamentos...•

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (1958). *Sentencia del 15 de enero de 1958. BVerfGE 7, 198. Caso “Lüth”.*

Tribunal Constitucional Federal Alemán. (1971). *Sentencia del 24 de febrero de 1971. BVerfGE 30, 173. Caso “Mephisto”.*

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. (1986). *Sentencia del 30 de mayo de 1986.*

Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil. (1954). *Sentencia del 25 de mayo de 1954. BGHZ 13, 334, Caso “Publicación de cartas – Protección de la personalidad”.*

Tribunal Supremo Federal Alemán, Sala Civil. (1958). *Sentencia del 14 de febrero de 1958. BGHZ 26, 349. Caso “El Jinete”.*

Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis.

CONCLUSIONES GENERALES

La era de la globalización ha implicado que tanto la noción de negocio jurídico como la de autonomía privada, y, por ende, las de contrato, acuerdo, convención, declaración de voluntad y su interpretación y su aplicación rigurosa, en un contexto jurisdiccional, hayan variado sustancialmente durante las últimas cuatro décadas. Esa verificación comporta el hecho de que la reflexión académica sobre cada uno de esos institutos jurídicos —que se matizan hoy más como fenómenos de alta complejidad económica y constitucional— demande y requiera una mayor y más juiciosa forma de investigación jurídica y multidisciplinar.

La pequeña aldea global, como la denominó el riguroso sociólogo Prof. Ulrich Beck, ha generado que el estudio de la historia y de la economía, así como el de la insoslayable protección del consumidor a través de mecanismos vanguardistas y del sujeto, en los planos jurídico y económico —a través de acciones constitucionales o a través de la actualización de los marcos y los cánones interpretativos, cada vez más vigorosos—, rompan o trastoken la concepción del contrato, y generen que en el *ex post facto* de las decisiones jurisdiccionales, o desde la aproximación que hace la jurisprudencia cautelar —esto es, desde su planeamiento y su redacción—, esos mismos insumos cobren una importancia inusitada, pues tienden a novedosas variaciones aplicativas, pero también diversas, imprevisibles, perplejas y, por ende, cada vez más complejas.

Desde un primer abordaje, se constató que el contrato y el negocio jurídico son fenómenos sociales que surgen en el mundo occidental, a través de declaraciones

de voluntad que se enmarcan, mucho más de lo esperado, dentro de fenómenos sociales más cercanos al derecho procesal y punitivo que a la simple forma tradicional de trueque y negociación de productos, como bien se adujo en el artículo sobre la iconografía histórica del contrato en Grecia y Roma, leída a través de las más recientes publicaciones históricas, como las de los profesores Yuval Noah Harari y Mary Beard.

Tras la realización de otra parte de las investigaciones, tras la conmemoración de los quinientos años de la reforma luterana, los ciento cincuenta años de la primera edición de *El Capital* y de las instituciones universitarias en nuestro país, se trató de contextualizar cuál es el estado del arte actual (la *factibilidad social*, diría el Profesor Emilio Betti), en términos sociales y económicos del contrato, se pusieron en perspectiva formas o propuestas de contractualismo contemporáneas como el “salario único universal” y se analizaron los derechos sociales, económicos y culturales como elementos modificadores de la noción clásica del contrato. El derecho del consumo, el derecho laboral, el derecho medioambiental, la gobernanza empresarial, el ya ocurrido derecho tecnológico y digital, y la aproximación economicista al contrato —que, incluso, ha implicado el otorgamiento de varios premios Nobel—, entre otros; además, se evidenciaron como instrumentos que han dado en servir de soportes o alterirades que, poco a poco, vislumbran un futuro menos claro, no solo para el desarrollo autónomo contractual, sino para todo el derecho civil y privado. La complejidad cambiante, como la llamó Carl Schmitt en su Revolución legal mundial, está implicando que, casi a diario, se perfile una nueva idea de contrato.

Se verificó que el otorgamiento del Premio Nobel de Economía —en especial, durante los últimos dos años—, cuando tiene que ver con los análisis económicos del contrato, es un reconocimiento que bien podría estar más cerca de análisis clásicos y modernos de la legislación sobre el contrato continental, cuando tiene que ver con normas de orden público sobre su justicia y su percepción de equidad, como se constató de manera reflectiva en el texto sobre el *Contract* y el *agreement & “all you can eat”*. Así mismo, se constató cómo la aproximación económica que hacen los últimos premios Nobel sobre el contrato y su dinamización, su eficiencia y su efectividad no resultan asuntos totalmente nuevos, sino que esas normas de orden público, consagradas históricamente como la rescisión por lesión enorme, la responsabilidad por los vicios redhibitorios y la posibilidad de

actualizar las mutuas restituciones en las declaraciones judiciales de resolución o ejecución, comportan un contexto o marco que no puede ser olvidado por la dogmática económica mundial, como ya bien lo habían planteado juiciosos estudios en la República Federal de Alemania.

Se verificó, así mismo, que el tratamiento que se hace de la responsabilidad médica derivada de los sistemas de contratación típicos en Colombia (contributivo y subsidiado), por parte de la cúpula de la jurisdicción civil, en sus últimos pronunciamientos al respecto, es bastante precaria y contradictoria en lo que tiene que ver con la aproximación a la tutela y la protección patrimonial de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991. Por último, las sentencias de casación sobre responsabilidad médica derivadas de las formas de contratación contributiva de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia resultan —sobre todo, en el caso específico de la decisión analizada— altamente criticables en el punto de la frustrada articulación que se propone entre los métodos clásicos de determinación de los daños: emergente, lucro cesante y moral, con la afectación de la autónoma determinación elevada al grado de derecho fundamental por la Constitución Política de 1991.

Finalmente, en cuanto a la aproximación constitucional, histórica y económica del contrato, se pudo determinar que la evolución y la permanente actualización de la concepción del negocio jurídico y del contrato deberían nutrirse no solo de manera multidisciplinar, sino, también, cada vez más vigorosa, pues va a ser el preciso conocimiento de la historia del negocio jurídico occidental, de sus vicisitudes económicas, de su inmersión en el mundo cultural occidental gestado desde la Reforma, lo que permitirá contextualizar la declaración de voluntad como un instrumento al servicio y a favor del individuo, en un contexto social derivado de las nuevas percepciones constitucionales, económicas y tecnológicas, so pena de que la misma noción del contrato se desdibuje y termine esclavizando al sujeto, como ya De buen Lozano, en su grandilocuente obra *La muerte del contrato*, nos lo ponía de presente.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en enero de 2019, impreso en papel propali-
bros de 75 g, en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

ESTUDIOS
COLOMBO-ALEMANES
SOBRE LA AUTONOMÍA
NEGOCIAL
ORÍGENES, HISTORIA,
EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS
DE LOS INSTITUTOS

13

Siguiendo los raseros marcados por juristas germanos como Uwe Wesel (*Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*), Karl Larenz (*Metodología de la Ciencia del Derecho*), Franz Wiacker (*Historia del derecho privado en la modernidad con especial observancia del caso alemán*), Hans Hattenhauer (*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*), e incluso el mismo Robert Alexy (*Recht, Vernunft, Diskurs*) se planteó una discusión que, a pesar de estar dividida en seis capítulos que pueden ser leídos de manera independiente como artículos de investigación, tiene una línea transversal y da precisa cuenta sobre la fundamentación cultural de la declaración de voluntad, del contrato y del negocio jurídico. Así, la pregunta básica que el libro intenta responder es ¿por qué el contrato, como constructo cultural, funciona, hoy en día, de la versátil manera en que lo hace? Este cuestionamiento es tratado desde diversos puntos de vista en los diferentes capítulos del libro.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación



ISBN 978-958-5456-43-3

9 789585 456433 >